Das Verhältnis des § 812 BGB zu den §§ 816 und 817 BGB

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Eberhard Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

GERD MELLINGHOFF

Gerichtsreferendar zu Düsseldorf.

1931

BUCHDRUCKEREI
MAX WELZEL, KÖLN-KALK

Das Verhältnis des § 812 BGB zu den §§ 816 und 817 BGB

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Eberhard Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

GERD MELLINGHOFF

Gerichtsreferendar zu Düsseldorf.

1931

BUCHDRUCKEREI
MAX WELZEL, KÖLN-KALK

Berichterstatter: Professor Dr. Eißer.

Tag der Genehmigung: 6. März 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern und Geschwistern.

Gliederung.

Seite

§ 1 Einleitung 13
I. Anlaß der Untersuchung 13
II. Ziel der Untersuchung 14

§ 2 Die condictio im classischen römischen Recht . . . 15
I. Inhalt der condictio 15
II. Grund der condictio 16

§ 3 Die condictio im justinianischen Recht 16
I. Einflüsse auf die Weiterentwicklung der condictio 16
II. Die condictio des justinianischen Rechts im allgemeinen 17
III. Die den heutigen §§ 816 und 817 ähnelnden Tatbestände 18

§ 4 Die condictio im Deutschen Recht 20

§ 5 Die condictio im gemeinen Recht 21
I. Allgemeines 21
II. Die Einordnung der den heutigen §§ 816 und 817 ähnelnden Tatbestände in das Gebiet der Bereicherungslehre 22

§ 6 Die Entstehungsgeschichte der §§ 812, 816 und 817 23
I. Der Entwurf 23
II. Der Gegenentwurf . . . . . .
a) Die condictio sine causa 24
b) Die condictio bei Rechtsverlust infolge gutgläubigen Erwerbs eines Dritten 24
c) Die condictio gemäß § 817 25

§ 7 Voraussetzungen und Inhalt des § 812 26
I. Allgemeines 26
II. Der Begriff der „Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung“ als Tatbestandsmerkmal 27
III. Der Mangel des rechtlichen Grundes 29
a) Die Fassung des Begriffs 29
b) Der Inhalt des Begriffs 30
IV. Gegenstand und Umfang des Anspruchs . . . 33

§ 8 Die Voraussetzungen des § 816, ihr Verhältnis zu § 812 und die daraus sich ergebenden Folgerungen . . . 34
I. Allgemeines 34
II. Die Voraussetzungen der „Verfügung" über einen „Gegenstand" 35
III. Der Mangel des rechtlichen Grundes 36
IV. Die „Mittelbarkeit der Vermögensverschiebung als Tatbestandsmerkmal 40
V. Die Fälle nachträglicher Wirksamkeit von Verfügungen eines Nichtberechtigten 43
VI. Der Gegenstand des Anspruchs 48
VII. Der Umfang des Anspruchs 50

§ 9 Die Voraussetzungen des § 817 im Vergleich zu den Voraussetzungen des § 812 mit den daraus sich ergebenden Folgerungen bezüglich des Verhältnisses der genannten Tatbestände zueinander 53
I. Die einseitige Verwerflichkeit des Empfängers . . 53
II. Verstoß 54
a) gegen ein Verbotsgesetz 55
b) gegen die guten Sitten 56
III. Die subjektive Unsittlichkeit 57
IV. Die „Annahmeverwerflichkeit" als Kennzeichen des mangelnden rechtlichen Grundes 60
V. Verwerflichkeit des Empfängers und des Gebers 61
a) Das Wort „gleichfalls" 62
b) § 817, S. 2 ist kein allgemeiner Rechtsgrundsatz 62
c) Die Interessenslage 63
VI. Die „materiellen" Konkurrenzfälle 66
VII. Die „formellen" Konkurrenzfälle 68
VIII. Die Fälle einseitiger Verwerflichkeit des Gebers 68

§ 10 Ergebnis 69

Literaturverzeichnis.

Baron, Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozeß. I, Die condictiones, Berlin 1881.

Biermann, Sachenrecht, Berlin 1914.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Berlin 1879.

Cohn, Kann der Wucherer die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern? DJZ 1904, S. 854 ff.

Cohn, Die wuchergesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Gruch. Beitr. Bd. 41, S. 784 ff.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes I.—III. Bd., Jena 1922.

Crome, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, II. Bd., Tübingen 1902, III. Bd., Tübingen 1905.

Dernburg, Pandekten, Berlin 1900, 5. Aufl.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht, I. Bd. 2. Aufl., Halle 1902, II. Bd. 2. und 3. Aufl., Halle 1906.

Dölle, Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" Festgabe der jur. Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Bd. III, S. 22 ff.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, in Gruch. Beitr. Bd. 47, S. 51 f.

Eccius, Die condiction des Wucherers in DJZ 1903, S. 41f.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., Berlin 1903, 9. Aufl.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I,1, Bd. I,2, Marburg 1928 und Bd. III, Marburg 1929.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1927, 13. Aufl.

Förster, Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb, in Recht 1905, S. 356 f.

Freund, Der Eingriff in fremde Rechte auf Grund des Bereicherungsanspruchs, Stud. z. Erl. d. Bürgerl. Rechts, herausg. v. R. Leonhard, Heft 7, Breslau 1902.

Fuchs, Ein Hohn auf die Gerechtigkeit in „Recht und Wirtschaft" 1921, Nr. 8/9, S. 161 f.

Galinsky, Die Herausgabeforderung des Berechtigten bei Rechtsverlust infolge von Verfügungen eines Scheinberechtigten. Inaug.-Diss., Breslau 1906.

Gierke, Deutsches Privatrecht, III. Bd., Leipzig 1917.
Girard, in nouvelle revue historique Bd. 19.
Goldmann-Lilienthal, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Bd., 2. Aufl., Berlin 1903.
Hachenburg, Vorträge über das BGB., 2. Aufl., Mannheim 1900.
Hagen, Fritz, Die condictio ob turpem causam im gemeinen und Bürgerlichen Recht. Inaug.-Diss., Erlangen 1913.
Hagen, Konrad, Die guten Sitten als Rechtsbegriff in Gruch. Beitr. Bd. 52, S. 497 f.
Haymann, Franz, Zuwendung aus fremdem Vermögen, in Jahrb. f. d. Dogm. d. Bürgerl. Rechts. Bd. 77, 2.F. Bd. 41, 1927, S. 188f.
Heck, Die Ausdehnung des § 817, S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche, in Arch.civ.Prax., Bd. 124, S. 1 f.
Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
Hoppe, Die Ausdehnung des § 817, S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche, Inaug.-Diss., Breslau 1927.
Jacoby, Der Rechtsbegeriff der Bereicherung mit dem Schaden eines anderen und seine Bedeutung auf den Gebieten des Eigentums, der Verträge und des einseitigen Rechtsgeschäfts, in Jherings Jahrb., Bd. 4.
Jhering, Abhandlungen aus dem römischen Recht, Leipzig 1844.
Jhering, Der Zweck im Recht. II Bd. 1905.
Jörs, „Römisches Recht" in Encykl. d. Rechts- u. Staatsw. v. Kohlrausch-Kaskel, Berlin 1927.
Johow, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd.
Jung, Erich, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, Leipzig 1902.
Jung, Erich, Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812 BGB.) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts, in „Die Bereicherungspraxis im deutschen Rechtsleben", Berlin u. Leipzig 1929, III. Bd., 2. Teil, S. 143 f.
Kingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, in Stud. z Erl. d. Bürgerl. Rechts, herausg. von Leonhard, Bd. 6, Breslau 1901.
Kluckhohn, Ueber die Verpflichtung der Herausgabe des bei dem Verkaufe einer fremden Sache erzielten Gewinnes, in Arch.bürg. Recht, Bd. 41, S. 271 f.
v. Koschembahr-Lyskowsky, Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht, Weimar 1903.
Krückmann, Unwürdigkeit, in Arch.bürg.Recht, Bd. 40, S. 41 f.
v. Kübel, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Recht der Schuldverhältnisse. II. Spezieller Teil.
Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen, Leipzig 1869.
Lehmann, Lehrb. des BGB. Allgem. Teil. Berlin, Leipzig 1928.
Leonhard, Verstoß gegen die guten Sitten, Weimar 1903.
Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1923.

Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck in Arch.civ.Prax. Bd. 121, S. 33 f.
Lotmar, Der unmoralische Vertrag, Leipzig 1896.
Matthiesen, Zur Gültigkeit der Bordellhypothek in DJZ 1907, S. 537.
v Mayr, condictio incerti in Zeitschr. Sav. Stift. R.A. Bd. 24, S. 258f.
v. Mayr, Die condictio des römischen Privatrechts, Leipzig 1900.
v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen und bürgerl. Rechts. Leipzig 1903.
Meisner, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, II. Bd., Breslau 1898.
Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearb. Mugdan, Berlin 1899.
Neubecker, Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogm. Grundzügen, in Arch.bürg.Recht. Bd. 22, S. 34f.
Neubecker, Die civilistische Stellung des Wucherers nach neuem Recht, in DJZ. 1902, S. 568 f.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Allg. Teil, Berlin 1927, Schuldverh. Berlin 1929, 5. Aufl.
Oertmann, Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstrekkungskläubigers bei Pfändung fremder Sachen, in Arch.civ.Prax. Bd. 96, S. 1 f.
Pernice, Marcus Antistius Labeo, 1873.
Pferche, Die Bereicherungsklagen, Wien 1883.
Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. I, Berlin 1913, Bd. II,2, Leipzig 1928, 4. Aufl.
Plessen, Die Grundlagen der modernen condictio, Leipzig 1904.
Pflüger, Ueber die condictio incerti, in Zeitschr. Sav. Stift. R.A., Bd. 18, S. 75.
Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, I. u. II. Bd., Berlin, Leipzig 1928, 7. Aufl.
Riccobono, Dal diritto romano classico al diritto moderno, in annali del seminario giuridico della r. universita di Palermo, Bd. 3/4 1917, S. 165—730.
Riccobono, la gestioni degli affari altrui e l'azione di arrichimento nel diritto moderno (Riv. dir. comm. 15. 1917).
Riess, Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten, Breslau 1902.
Riezler, Venire contra factum proprium.
Rimmelin, Die Ausdehnung des § 817, S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche, Inaug.-Diss., Tübingen 1925.
Rindfleisch, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 817 BGB., Inaug.-Diss., Göttingen 1926.
Römer, „Ist § 281 auf das durch Rechtsgeschäfte erlangte Entgelt anwendbar?" in Arch.civ.Prax., Bd. 119.
Roquette, Wucher im Zivilrecht, insbesondere Mietwucher, Berlin 1929.

Rümelin, Die Lehre von den abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen, in Arch.civ.Prax. Bd. 98.
Savigny, „Die condictionen" im System des römischen Rechts, Bd. V.
Schäfer, Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken, in JW. 1912, S. 103 f.
Schulte, § 817 BGB., Inaug.-Diss., Rostock 1919.
Schulz, Fritz, Rückgriff und Weitergriff, in Stud. z. Erl. d. Bürgerl. Rechts, herausg. v. Leonhard, Bd. 21, 1907.
Schulz, Fritz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, in Arch.civ.Prax., Bd. 105, S. 473 f.
Schulz, Günther, Der Anspruch aus § 816 BGB., Inaug.-Diss., Marburg 1926.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB., 2. Aufl., Berlin 1904.
Schwarz, Maria, Der Anspruch des Eigentümers gegen den nicht rechtswirksam verfügenden gutgläubigen Nichtberechtigten, Inaug.-Diss., Tübingen 1930.
Silber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II. Bd. Römisches Privatrecht, Berlin 1928.
Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung, in Gruch. Beitr., Bd. 51, S. 681 f.
Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1905, 17. Aufl.
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, München u. Leipzig 1928.
Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem BGB. in der Festgabe f. Fitting, Halle 1903.
Stammler, Lehre vom römischen Recht, Halle.
Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem BGB., Straßburg 1899.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB., München, Berlin u. Leipzig, 9. Aufl., I. Bd. 1925, II. Bd., 3. Teil 1929.
Stobbe, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Berlin 1896.
Stoll, in Zeitschr. Sav. Stift. R.A., Bd. 47, S. 541 f.
Titze, Recht der Schuldverh. in Encykl. d. Rechts- u. Staatsw. v. Kohlrausch-Kaskel, Berlin 1928, 3. Aufl.
Trampedach, Die condictio incerti, in Zeitschr. Sav. Stift. R.A., Bd. 17, S. 113 f.
v. Tuhr, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgem. Teil, Berlin 1910, I. Bd.
v. Tuhr, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, in Festgabe f. Imm. Bekker, Weimar 1907.
Windscheid, Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Leipzig. Prog. 1878.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.
Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, Halle 1859.
Wüstendörfer, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, in Arch.civ.Prax., Bd. 110, S. 241 f.

Archiv für Bürgerliches Recht.
Archiv für civilistische Praxis.
Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften v. Kohlrausch-Kaskel.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Deutsche Juristenzeitung.
Das „Recht", Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen, römischen und deutschen Privatrechts.
Nouvelle revue historique.
Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß.
Seufferts Archiv.
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Röm. Abtlg.

§ 1.

Einleitung

I. Das Gebiet der ungerechtfertigten Bereicherung enthält die Regelung von Rückforderungsansprüchen, für welche die Tatbestandsvoraussetzungen in den §§ 812, 816 und 817 normiert sind. Seit der Geltungsdauer des BGB. haben sich im Laufe der Zeit Meinungsverschiedenheiten über das Verhältnis der drei genannten Tatbestände zueinander ergeben. Trotz zahlreicher Literatur können die damit zusammenhängenden Fragen noch nicht als geklärt angesehen werden. Unter dem Einfluß unseres höchsten Gerichtshofes hat sich zwar mit Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse eine ziemlich einheitliche Rechtsprechung herausgebildet. Gerade die praktischen Bedürfnisse haben aber die zahlreichen Unbilligkeiten dieser Rechtsprechung und die Bedeutung der Fragen, welche das Verhältnis des § 812 zu den beiden anderen Paragraphen betreffen [1]), deutlich erkennen lassen, so daß eine zusammenhängende Untersuchung im Sinne des gestellten Themas gerechtfertigt erscheint.

Wenn das Verhältnis der drei genannten Tatbestände zueinander untersucht werden soll, so haben die Erörterungen in zwei Richtungen hin zu erfolgen. Einerseits haben sie sich dahin zu erstrecken, ob § 812, wie vielfach behauptet wird, der Ausdruck eines einheitlichen Prinzips — eine clausula generalis — darstellt, zu der die Tatbestände der §§ 816 und 817 nur in einem untergeordneten Ergänzungsverhältnis stehen [2]), so daß zu prüfen wäre, ob die Voraussetzungen der beiden letzteren Bestimmungen derart sind, daß diese als modifizierte Tatbestände des § 812 zu gelten hätten, das Verhältnis zu § 812 demnach so aufzufassen wäre, wie es etwa in dem Verhältnis der §§ 930

---

[1]) Heck, Arch.civ.Prax. Bd. 124, S. 1 ff.; Eccius, DJZ. 1903 S. 41; Rümelin, Arch.civ.Prax. Bd. 98 S. 272 Anm. 371; Staudinger zu § 817 Anm. 2 d ∂, S. 1715; Riezler, Venire contra factum proprium S. 178 ff.; Rimmelin, a. a. O.

[2]) So Planck, Vorbem. 9 zu § 812 S. 1619; RGR. Kom. Vorbem. 1 vor § 812, S. 496; Enneccerus I, 2 § 440, II, 2, S. 628: § 446 Nr. 2, S. 649; Dernburg I § 127, II S. 383; II, 2, § 378 S. 686; Cosack I, § 233, S. 702 ff.; v. Mayr S. 579 ff.; Cohn DJZ. 1904 S. 855; RGR. Kom. Bem. 3 zu § 817 S. 521; Neubecker DJZ. 1902 S. 568; Riezler, S. 178 ff.; Oertmann Bem. 1 zu § 816 S. 1343; Anm. 6 a zu § 817 S. 1352; für § 816 auch Staudinger Bem. 1 zu § 816 S. 1702.

bis 932 zu § 929 zum Ausdruck kommt, oder ob die §§ 816, 817 selbständige Anspruchsbegründungen enthalten [3]).

Würde diese Prüfung für § 816 oder für § 817 im Sinne der zweiten Alternative ausfallen, so würde andererseits dann festzustellen sein, ob die als selbständig erkannte Anspruchsbegründungen ihrerseits überhaupt einem Bereicherungsbegriff unterstehen, welcher bejahendenfalls sein Geltungsbereich dann nicht nur über sie, sondern auch über § 812 erstrecken müßte.

II. Wie die folgenden Ausführungen darzulegen versuchen werden, kann der herrschenden Auffassung, daß sowohl § 816 als auch § 817 nur ergänzende, modifizierte Tatbestände zu § 812 sind, nicht beigetreten werden. Abgesehen von den praktischen bisher unerfreulichen Ergebnissen sprechen m. E. systematische Erwägungen gegen die herrschende Ansicht. Das Verhältnis der §§ 816, 817 zu § 812 läßt sich nicht auf eine einheitliche Formel bringen.

In Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre sieht zwar der Verfasser den § 816 als ergänzenden modifizierten Tatbestand des § 812 an, der eine Haftungserweiterung insoweit darstellt, als schon die „mittelbare Vermögensverschiebung" genügt, um einen Herausgabeanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu begründen. Der Grund für diese Auffassung ergibt sich aus der inneren Gleichheit der Anspruchsvoraussetzungen.

Für das Verhältnis des § 817 zu 812 trifft das nicht zu. Infolge seiner geschichtlichen Entwicklung, der Verschiedenheit seiner Interessenrichtung und wegen der Ungleichheit seiner Anspruchsvoraussetzungen gegenüber § 812, muß § 817 im Verhältnis zu diesem als selbständige nebengeordnete Anspruchsbegründung angesprochen werden, womit aber die Natur des § 817 als Bereicherungsanspruch keineswegs angetastet werden soll.

Vielmehr unterstehen sowohl die §§ 812, 816 als auch § 817 noch einem über den drei Tatbeständen stehenden großen allgemeinen Bereicherungsprinzip. Wenn § 812 als Ausdruck dieses Prinzips, als „clausula generalis" bezeichnet wird, so ist das nur bedingt richtig. Ich glaube, daß die Bedeutung des § 812 verschieden gewertet werden muß, denn im eigentlichen Sinne normiert § 812 nur die Tatbestandsvoraussetzungen für die Rückforderungsansprüche, die sich aus dem Erlangen eines Vermögensvorteils im Wege der objektiv ungerechtfertigten Bereicherung ergeben. Im weiteren Sinne stellte er zu gleicher Zeit daneben dann eine Formulierung des Grundsatzes dar, der heute durch die Ueberschrift des 24. Titels des Buches des BGB. — durch die Worte „Ungerechtfertigte Bereicherung" — umschrieben wird, und der allgemein besagt, daß ungerechtfertigtes Haben nicht

[3]) Für die Selbstständigkeit des § 816 Rieß a. a. O. S. 1 ff.; Schulz, Rückgriff S. 111, Arch.civ.Prax. Bd. 105 S. 36 f.; Schmidt in Jherings Jahrb. Bd. 72 S. 22; Titze a. a. O. S. 121; für die des § 817, Heck a. a. O. S. 17 ff.; Staudinger Anm. 2 d δ zu § 817 S. 1715; Goldmann-Lilienthal § 228, 3 Anm. 7, S. 873; Eccius DJZ. 1903, S. 41.

von Bestand sein soll. Nur in dem weiteren Sinne erscheint die Bezeichnung des § 812 als „clausula generalis" gerechtfertigt. Abgelehnt werden muß sie für § 812 in seiner engeren Bedeutung als einzelne Tatbestandsvoraussetzung in dem oben angedeuteten Sinne, denn in dieser Bedeutung ist § 812 eben nur ein Unterfall des allgemeinen Grundsatzes, der ihn, wie auch die §§ 816, 817 beherrscht.

Die Begründung dieses Standpunktes soll im folgenden an Hand der geschichtlichen Entwicklung, sowie auch durch Untersuchung der Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen in Frage kommenden Bestimmungen gegeben werden.

§ 2.

Die condictio im classischen römischen Recht

Die früheste Zeit der römischen Rechtsentwicklung läßt sich nur sehr ungenau überblicken. Erst die Zeit des sog. classischen römischen Rechts gestattet nähere Untersuchungen. An Literatur aus dieser Zeit sind im wesentlichen nur die Institutionen des Gaius vorhanden, sowie die in den späteren Kodifikationen sich wiederfindenden Auszüge einzelner anderer Schriftsteller, die infolge ihrer Angleichung an spatrömische Rechtsgedanken für die Auslegung des classischen Rechts jedoch nur beschränkt verwertbar sind.

I. Mit der condictio des heutigen Rechts ist die condictio des classischen römischen Rechts nicht zu vergleichen. Im Spruchformelverfahren war sie die Prozeßform für die persönliche Klage auf certa pecunia oder certa res — eingeführt für jene durch die lex Silia für diese durch die lex Calpurnia — im Schriftformelverfahren eine rein abstrakte Formel, die den Gegenstand des Anspruchs, nicht aber den Grund bezeichnete [4]). Voraussetzung für die Klage war zunächst ein Hingeben, ein dare des Klägers, welches die Bereicherung verursacht hatte [5]). Der Anspruch ging auf Rückgabe des Gegebenen, d. h. bei der condictio certae pecuniae auf Uebereignung einer ziffernmäßig bestimmten Geldsumme, bei der condictio certae rei auf volksrechtliche Uebereignung bezw. auf Verschaffung von Dienstbarkeiten oder persönlichen Nutzungsrechten [6]). Eine Beschränkung auf die Bereicherung war nicht zulässig. Dies ist zurückzuführen auf die Strenge und Enge des Formelverfahrens, bei welchem die condemnatio auf dieselbe certa pecunia oder certa res gehen mußte als die intentio [7]). Zu einer Beschränkung der condictio auf die bei der Streitbefestigung noch vorhandene Bereicherung wäre ein Formelzusatz notwendig gewesen, über den sich aber nichts findet [8]). Schon aus

[4]) Siber a. a. O. S. 213.
[5]) Jörs a. a. O. S. 172.
[6]) Siber a. a. O. S. 214 f.
[7]) Sohm a. a. O. S. 440.
[8]) Siber a. a. O. S. 218.

dem Gesagten ergibt sich der Unterschied zwischen der heutigen und damaligen condictio.

II. Der Grund der damaligen condictio ist zweifelhaft. Da über ihn nichts ausgesagt wird, hat Baron [9]) gefolgert, daß die causa bei der legis actio überhaupt keine Rolle gespielt hat. Er hat jedoch Widerspruch gefunden, der sich besonders auf Gaius stützt [10]). Gaius berichtet nämlich, daß mit der actio certae pecuniae traditae oder mit der actio certi rei auch die Rückgabe einer Leistung, die man bewirkt hatte, ohne sie zu schulden, gefordert werden konnte [11]). War das Hingegebene iniuria erlangt, so war auf Grund des Kontrakts die Klagemöglichkeit gegeben. Die Kontrakte bildeten dabei aber nicht die Grundlage für bestimmte gesonderte Condictionsbestände [12]). Der Condictionsbegriff entstand vielmehr aus dem Grundsatz der veteres „quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici" [13]). Er war einheitlich; im Objekt beschränkt auf das certum, im übrigen durch die Strenge des Formelverfahrens in die Grenzen bestimmter materiell rechtlicher Tatbestände verwiesen [14]).

Allmählich entstand daneben die condictio incerti, die, wie der Name schon sagt, auf ein incertum ging. Sie war nicht mehr die persönliche abstrakte Schuldklage, sondern wurde als außerkontraktliche Klage gegen eine Bereicherung gegeben [15]). Wenn auch anzunehmen ist, daß die Terminologie condictio certi und condictio incerti aus der Zeit der Kompilation stammt, so kann die condictio incerti doch noch als ein Gebilde des classischen Rechts angesehen werden, da sie jedenfalls bis in das zweite Jahrhundert zurückreicht [16]).

§ 3.

Die condictio im justinianischen Recht.

I. Bevor die Regelung der condictio im justinianischen Recht im folgenden dargelegt wird, soll nicht unterlassen werden, auf zwei Abhandlungen Riccobonos [17]) hinzuweisen, der zeigt, wie und aus welchen Gründen sich in vielen Punkten das klassiche Recht in der Kompilation Justinians geändert hat; Aenderungen der rechtlichen Auffassung, die schon in klassischer Zeit zwar im Schulgegensatz

---

[9]) Baron „Abhandlungen aus dem röm. Zivilprozeß S. 185 ff.

[10]) So besonders Girard, Nouvelle revue historique Bd. 19 S. 412; Krüger bei Grünhut Bd. 26 S. 422.

[11]) Jörs a. a. O. S. 172.

[12]) Jörs a. a. O. S. 173.

[13]) Sabinus D 12, 5, 6.

[14]) v. Mayr. Die condictio des röm. Privatrechts S. 419.

[15]) Trampedach, Die „condictio incerti" in Zeitschrift Sav. Stift. R. A. Bd. 17 S. 113 ff.

[16]) Jörs a. a. O. S. 172 ff.

[17]) Riccobono, Dal diritto romano classico al, diritto moderno. (Annali del seminario giuridico della r. università di Palermo, Bd. 3/4, 1917 S. 165–730) und Riccobono „la gestione degli affari altrui e l'azione di arrichimento nel diritto moderno" (Riv. dir. comm. 15 (1917) I S. 369 ff.

teilweise angedeutet sind, mußten sich aus der Aufgabe ergeben, die Justinian zu lösen hatte, eine Aufgabe, die darin bestand, das jus civile und das praetorische Recht [18]) zu einem einheitlichen Ganzen zu verschmelzen. Zahlreiche Einflüsse, denen die Rechtsbildung nachgeben mußte, lassen ihre Spuren erkennen. So drangen speziell Grundsätze des Christentums besonders auf dem uns beschäftigenden Gebiete der ungerechtfertigten Bereicherung durch. Der Grundsatz, daß niemand, schon aus christlichen Motiven, sich auf Kosten eines anderen bereichern dürfe, wurde zu einem Begriff, zu einer Moral, die in das Volksbewußtsein und so in die Rechtsbildung immer tiefer eindringen mußte. In seiner Schrift „Dal diritto romano usw." weist Riccobono diese Einflüsse an dem Beispiel der Entwicklung der Geschäftsführung ohne Auftrag nach, die gegenüber dem klassischen Recht in ihrer Eigenart im justinianischen Recht so verwässert wurde, daß sie dazu diente, ungerechtfertigte Bereicherungen recta via wieder rückgängig zu machen. An diesem Beispiel weist er auch nach, daß die Rechtswissenschaft und die neueren Gesetzgebungen stärker von Justinian und der Glosse als von dem klassischen Recht beeinflußt wurden, oft nicht zum Vorteil der strengen Scheidung von Rechtsbegriffen. Den Grund schreibt er unter anderen den oben angedeuteten Einflüssen zu.

II. Unter den im justinianischen Recht sich zeigenden Neuerungen, die im großen und ganzen den Kompilatoren zuzuschreiben sind, findet man im Kondiktionenrecht eine condictio generalis, die so beschaffen war, daß man für eine vorgesehene actio auch die condictio certi geltend machen konnte [19]). Das justinianische Recht hat die Kondiktionsgruppen vermehrt und stellt die einzelnen Fälle mehr oder weniger als besondere Klagetypen auf. Trotz dieser Neuerung der Formulierung von Einzeltatbeständen ist, wie im klassischen römischen Recht [20]) ein allgemeiner Bereicherungsbegriff vorhanden, der, wenn auch nicht besonders formuliert, doch bewußt oder unbewußt herrschte und aus den oben angeführten Gründen insbesondere zu erklären sein dürfte. Diese Ansicht ist besonders von Pernice [21]) vertreten und ausführlich begründet worden. Er faßt die aufgestellten Gruppen „als Versuche, die Anzahl der zur condictio gehörigen Fälle in Gruppen zu gliedern und unter einheitliche Gesichtspunkte zu bringen" auf. Darüber kann wohl auch kein Zweifel bestehen, daß die im Corpus Juris aufgezählten Fälle der Kondiktionen diese nicht erschöpfen. So fehlt vor allem eine Regelung der Fälle, wo eine Bereicherung ohne Zutun des Kondizierenden in das Vermögen des Beklagten übergegangen ist. Man darf daher Pernice folgend nicht mit Unrecht annehmen, daß es bei Zusammenstellung der Digesten mehr auf eine genaue Ergründung und Behandlung einzelner Fälle

[18]) s. Stoll, Zeitschr.Sav.Stift. Röm. Abtlg. Bd. 47 S. 541 bei Besprechung der in Anm. 16 angeführten zweiten Arbeit Riccobonos.
[19]) Jörs a. a. O. S. 173.
[20]) Siehe § 2 der Arbeit.
[21]) Pernice, Labeo III S. 214; auch Dernburg, Pand. II S. 386.

ankam, als gerade auf die Festlegung allgemein-gültiger grundlegender Prinzipien. Für eine Selbständigkeit der Anspruchsbegründung der Einzelfälle spricht auch nicht schon der Umstand, daß eine Generalklausel nicht formuliert wurde. Eher kann man die Unterordnung unter eine Generalklausel dagegen aus der Tatsache schließen, daß z. B. auch die negotiorum gestio mit unter den allgemeinen Bereicherungsbegriff gefaßt wurde.

Unter den Einzelfällen findet sich eine Gliederung in die Tatbestände, wo die Bereicherung entweder objektiv ungerechtfertigt [22]) oder subjektiv widerrechtlich [23]) eingetreten ist. Objektiv ungerechtfertigt war eine Bereicherung erlangt in den Fällen der condictio sine causa, die sich in die Unterfälle der condictio indebiti und der condictio causa data causa non secuta teilt, während als Beispiel für den Eintritt subjektiv widerrechtlicher Bereicherung die condictio ob turpem causam anzuführen wäre, die eine Rückforderung dann gab, wenn die Annahme der Leistung unsittlich war (das von Räubern erpreßte Lösegeld). Für alle diese an sich wohl beschränkten Einzelfälle lag das beherrschende Prinzip darin, daß in ihnen der Vermögenserwerb ungerechtfertigt war. Wenn einerseits die condictio sine causa ein Ausfluß dieses Prinzips deshalb zu sein scheint, weil sie zu dem Zwecke geschaffen war, alle diejenigen Fälle zu erfassen, die unter keine der schon vorhandenen Klagetypen paßten, so muß sie andererseits als clausula generalis, unter die auch die anderen normierten Bereicherungstatbestände gefaßt werden könnten, jedoch deshalb ausscheiden, weil sie durch den angeführten Zweck gerade beschränkt war.

III. Wenn im Rahmen des justinianischen Rechts die interessierenden Einzelfälle kurz betrachtet werden, so findet sich wenig, was dem Tatbestand des heutigen § 816 entspricht, so daß das Verhältnis der heutigen Paragraphen zueinander wenig durch römischrechtliche Betrachtungen geklärt werden kann. Das römische Recht kannte einen Erwerb vom Nichtberechtigten nicht. Fälle ursprünglicher Wirksamkeit von Verfügungen eines Nichtberechtigten waren ganz unbekannt, so daß ein Dritter durch die Verfügung eines zu Unrecht Verfügenden kein Eigentum erwerben konnte. Infolge des Mangels der natürlichen Voraussetzung fehlte daher auch der Grund für das Vorhandensein eines dem heutigen § 816 ähnelnden Bereicherungsanspruchs. Es galt im allgemeinen der Grundsatz: „Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet“ [24]). Für den Schutz des Eigentümer galt der Satz: „Ubi rem meam invenio ibi vindico“. Eine der wenigen Ausnahmen von dem Mangel des guten Glaubensschutzes war der Erwerb vom Fiskus, vom Regenten oder der Regentin [25]). Verfügte

[22]) D 12, 6 de cond. indebiti und D 12, 7 de cond. sine causa.
[23]) D 12, 5 de cond. ob turpem vel iniustam causam.
[24]) D 50, 17, 54.
[25]) Erwerb vom Regent, C. 7, 37, 2 und 3; Erwerb vom Fiskus J. 2, 6, 14.

eine dieser Stellen, so war ein Entschädigungsanspruch gegeben, der innerhalb von 4 Jahren verjährte. Auch konnte der Pfandgläubiger z. B, kraft der Pfandabrede mit dem Eigentümer die verpfändete Sache bei Nichtbefriedigung gültig veräußern, obwohl er kein Eigentums- sondern nur Pfandrecht hatte. Diese Ausnahmen mußten als Wegweiser dazu dienen, ungerechtfertigte Schädigungen eines gutgläubigen Dritten zu umgehen.

Für den Tatbestand des § 816 Abs. 1, S. 2 hat man eine regula juris [26]) gefunden, die auf dasselbe Motiv zurückzuführen ist.

Betreffs des § 816 Abs. 2 können wir nur feststellen, daß das römische Recht Tatbestände kannte, in denen Leistungen an Nichtberechtigte dem Berechtigten gegenüber wirksam waren [27]).

Anders wie für den Fall des § 816 findet man im römischen Recht Tatbestände, die das heutige Recht in den § 817 übernommen hat. In den Digesten wird von einer condictio ob turpem vel iniustam causam gesprochen. Es gab condictionen bei Rechtslagen, die entweder — modern mit Stammler gesprochen — dem richtigen Recht nicht entsprachen, oder solche, die dem Willen des Rechtes widersprechend erschienen. Unter die Letzteren haben wir die condictio ob turpem causam zu zählen [28]). Der Gebende hatte die Rückforderungsklage jedoch nur, wenn das Geben nicht gleichfalls unsittlich war (z. B. beim Dingen eines Mörders). Ueber die Ausschlußklausel ist etwas länger zu sprechen, da das Ergebnis für die Beurteilung des heutigen Rechts einen entscheidenden Einfluß ausübt.

Die condictio ob turpem vel iniustam causam ist geregelt in D 12,5 [29]). Ueber den Grund des Ausschlusses des Rückforderungsrechtes sind Angaben bei Ulpian zu finden [30]). Der Grund lag vornehmlich im Ausgleich von Interessenabwägungen. Unklarheit herrschte allerdings darüber, ob eine turpitudo solius dantis auf den Ausschluß der Rückforderung nur von Einfluß sein sollte bei gleichzeitig vorliegender turpitudo accipientis, oder auch ohne deren Vorhandensein. Zur Klärung dieser Frage war von besonderer Wichtigkeit eine Digestenstelle Ulpians, die sogenannte Meretrixglosse oder

---

[26]) Es handelt sich um D. 50, 17, 149: Ex qua persona quis lucrum capit eius factum praestare debet.

[27]) Rieß, a. a. O. S. 67 führt dazu aus, daß zwar für den heute wichtigsten Fall, daß der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Zedenten nach der Zession zahlen kann, Bestimmungen im römischen Recht fehlten, sich aber wohl aus Analogien herleiten ließen. Er schließt daraus, daß für die römischen Juristen eine derartige Notwendigkeit scheinbar nicht bestanden habe, vielmehr entscheidend das innere Verhältnis der Parteien zueinander gewesen wäre.

[28]) s. Sohm, Institutionen S. 443.

[29]) Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit repeti potest (Paulus I. 1, § 2) Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, aut male judicetur. (Paulus 1. 3).

[30]) Sed etiam praeter hanc actionem condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur, nam si et dantis melior causa erit possidentis. D. 3, 6, 5, 1.

Meretrixklausel [31]). Besonders erwähnenswert zu diesem Punkt sind die Ausführungen Hecks [32]), auf die ich verweise. Heck legt ausführlich dar, daß die Rückforderung nur ausgeschlossen war bei beiderseitiger turpitudo. „Der Ausschluß der Rückforderung durch turpitudo solius dantis im klassischen Recht ist nicht einmal für den Fall der Meretrix bezeugt, geschweige denn die Geltung dieses Satzes bei allen Kondiktionen." Dies ist das Ergebnis, zu dem er auf Grund seiner Untersuchungen kommt.

§ 4.

Die condictio im Deutschen Recht.

Unser heutiges Recht ebenfalls stark beeinflussende Gedankengänge stammen aus dem Deutschen Recht. Dieses soll vor dem gemeinen Recht besprochen werden, da der usus modernus pandectarum diesen Einflüssen naturgemäß auch nicht trotz des engen Anschlusses an die römische Lehre aus dem Wege gehen konnte. Was das Bereicherungsrecht im besonderen angeht, so ist die Ausbeute für das Thema dieser Arbeit allerdings nur gering. Ein Bereicherungsanspruch als solcher war dem Deutschen Recht nicht bekannt [33]). Anerkannt wurde zwar ein Recht zur Rückforderung des Geleisteten in einigen besonders gearteten Fällen, wie bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des zugrunde liegenden Geschäfts. Ueber die Natur dieser Rückforderungsrechte ist aber nichts Positives bekannt. Einige [34]) sehen sie als Schadensersatzansprüche an. Eine genaue Bestimmung dieser An-Ansprüche dürfte jedoch von weiteren Untersuchungen abhängen.

Anders wie im römischen Recht findet man im Deutschen Recht dem heutigen § 816 analog konstruierte Tatbestände, während für § 817 jede Vergleichsmöglichkeit fehlt. Es galten die Grundsätze „Hand wahre Hand" und „Wo man seinen Glauben gelassen hat, soll man ihn suchen", wie auch der Satz „Wer freiwillig Eigentum aus der Hand geben will, der sehe wohl zu, wem er das Seine ausleihe und vertraue" [35]). Aus diesen Rechtssätzen geht hervor, daß der Berechtigte im Falle des Verlustes durch eine unberechtigte Verfügung sich an den Verfügenden zu halten hatte.

Die für das Deutsche Recht aufgestellten Grundsätze über Wirksamkeit von Leistungen gutgläubiger Schuldner an nichtberechtigte Dritte sind römischen Ursprungs [36]), so daß auch hier betreffs des

[31]) Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur sed solius dantis, illam enim turpiter facere quod sit meretrix non turpiter accipere, cum sit meretrix D. 12, 5, 4, 3.

[32]) Heck, a. a. O. S. 42 ff.; s. auch Neubecker DJZ. 1902 S. 569.

[33]) Gierke, a. a. O. S. 993.

[34]) Rieß, a. a. O. S. 68; Laband, Die vermögensrechtl. Klagen, S. 62; Stobbe, a. a. O. S. 25.

[35]) Rev. Lüb. Recht III, 2, Art. 2.

[36]) Stobbe, a. a. O. III, S. 108.

Ausgleichs wieder das innere Verhältnis zwischen Zessionar und Zedenten maßgebend gewesen ist.

Die condictio im gemeinen Recht

§ 5.

I. Eine besondere Wirkung auf das Bürgerliche Gesetzbuch haben die Gedanken, die im gemeinen Recht ausgeprägt sind, ausgeübt. Letzteres ist im Hinblick auf das vorliegende Thema so auch kurz zu würdigen. Allgemein kann gesagt werden, daß die Entwicklung der Kondiktionenlehre dem System der Aufzählung einzelner fest ausgeprägter Fälle gefolgt ist. Eine Generalklausel, unter die die Einzelfälle unterzuordnen gewesen wären existierte nicht. Allgemeine Voraussetzung für ein Rückforderungsrecht war nur ebenso wie im römischen Recht, daß die Bereicherung ungerechtfertigt vor sich gegangen war. Ob man den darin liegenden einheitlichen Grundgedanken allgemein gültig für alle Bereicherungsfälle formulieren konnte, war bestritten. Verneint wurde es von Windscheid, bejaht z. B. von Brinz [37]). Letzterer glaubte in dem Begriff des „Mangels einer justa causa" die Formulierung des alle Bereicherungsfälle beherrschenden Grundgedankens der „Ungerechtfertigkeit der Vermögensverschiebung" gefunden zu haben. Nicht unrichtig, wenn auch zu Mißverständnissen Anlaß gebend, dürfte die Brinz'sche Ansicht dann sein, wenn man den Begriff des „Mangels der justa causa" dahingehend auslegt, daß er im allgemeinen besagt, daß ungerechtfertigtes Haben ohne Bestand sein soll.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die einzelnen Kondiktionsfälle im wesentlichen denen des justinianischen Rechts nachgebildet waren, wobei „der Inhalt des letzteren im allgemeinen zutreffend aufgefaßt worden ist" interessieren für das gemeine Recht mehr die verschiedenen Gesichtspunkte unter denen die Einzelfälle einzuordnen versucht wurden. Brinz [38]) unterscheidet zwischen Bereicherungsfällen, die ihrer Gattung nach rechtmäßig, allein nach der Besonderheit des Grundes unrechtmäßig erfolgt sind — so der Erwerb aus einem fremden Vermögen, wenn man denselben ohne ein hierauf zustehendes Recht macht — und Bereicherungsfällen, die ihrem Zweck nach ungerechtfertigt sind, daher einer condictio ob turpem vel iniustam causam unterliegen. Windscheid [39]) teilt dagegen in Tatbestände ein, wo die Bereicherung mit oder ohne Willen des Benachteiligten vor sich gegangen ist und schafft im Gegensatz zur sonstigen gemeinrechtlichen Lehre noch eine Kondiktion wegen mangelnder Voraussetzung. Unter diese fällt nach seiner Ansicht auch die condictio ob turpem causam, und zwar als Unterfall der condictio causa data causa non secuta. Bei Ausbleiben der vorausgesetzten Handlung

[37]) Windscheid Pand. § 421 S. 866; Brinz, Pand. II, 2, S. 303.
[38]) Brinz. Pand. II, 2, § 303.

schließt er die Rückforderung dann aus, wenn den Geber ein Vorwurf des Unerlaubten trifft [40]). Er nimmt damit die in der sog. Meretrixklausel angeführte turpitudo solius dantis aus ihrem Zusammenhang und erblickt in ihr einen Grund zur Verweigerung des Rückforderungsrechtes ganz allgemein im Rahmen der condictio wegen mangelnder Voraussetzung überhaupt. Ein allgemeiner Strafgedanke für die Fälle des Ausschlusses wird von ihm verneint. Die Windscheid'sche Lehre mußte deshalb erwähnt werden, weil sie sich in dem I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches wieder vorfindet und zu großen Verwirrungen Anlaß gegeben hat, durch die sich auch der Streit betr. der Stellung und Anwendung des § 817 S. 1 in Verbindung mit § 817 Abs. 2 erklären läßt.

Von Windscheids Ansicht abgesehen kann man sagen, daß sich die condictio ob turpem causam in der Auffassung des gemeinen Rechts nicht geändert hat. Man betrachtete sie als condictio mit selbständigem Strafzweck und schloß sie dann aus, wenn in dem Geschäft des Gebers zugleich eine Unsittlichkeit lag. Der Grundsatz „In pari turpitudine melior est causa possidentis" hat auch im gemeinen Recht noch seine Geltung.

Für die Einordnung des § 816 in das System der Bereicherungsansprüche scheint lediglich ein Streit zwischen Jhering und Windscheid von Interesse zu sein, der sich nicht auf „exegetisches Geplänkel" [41]) beschränkte, sondern „auf der Höhe pinzipieller Auffassung" geführt wurde. Es wurde oben festgestellt, daß das römische Recht Fälle ursprünglicher Wirksamkeit einer Verfügung nicht kannte. Es hatte jedoch Tatbestände aufgestellt für den Fall, in dem die Verfügung über fremde Sachen zwar ursprünglich dem Eigentümer gegenüber unwirksam war, aber doch durch spätere Ereignisse wirksam werden konnte. Diese Ereignisse bestanden in dem Untergang der Sache, sowie in der Veräußerung durch einen Gutgläubigen. Als Quellenstellen für den Schutz des guten Glaubens in diesen Ausnahmefällen sind anzuführen: D 3, 5, 48 und D 12, 1, 23 [42]). Die letzte Stelle führte nun zu einem Streit zwischen Jhering und Windscheid. Es handelt sich darum, ob die Digestenstelle auf ähnlich liegende Tatbestände verwendbar bezw. ausdehnbar sei, oder nur für die der angegebenen Stelle gleichliegende Tatbestände, d. h. ob eine Herausgabeverpflichtung nur einem Besitzer sine titulo oblag, oder

---

[39]) Windscheid, Pand. II, § 423 ff. S. 880 ff.

[40]) Zu diesem von Windscheid, Brinz und Neubecker (DJZ. 1902 S. 569) vertretenen Standpunkt, daß dann an eine repetitio nicht gedacht werden kann, wenn die Verwerflichkeit allein auf Seiten des Gebers ist s. Heck S. 46/47 a. a. O., der die Verwendung dieses Satzes als allgemeinen Gesichtspunkt überzeugend ablehnt.

[41]) Jherings Jahrbuch Bd. 16, S. 308.

[42]) Der Streitfall ist folgender: Ein gutgläubiger Besitzer verfügt über eine von ihm besessene Sache, wodurch der Eigentümer sein Eigentum verliert, z. B. A. verkauft eine dem B. gehörige Sache an C., bei dem sie untergeht. Die Streitfrage ist nun die, ob A. schlechthin auf die Bereicherung haftet, oder nur dann, wenn er untitulierter Besitzer war.

auch gegen den titulierten Besitzer Erfolg haben sollte. Jhering beschränkte die Herausgabeverpflichtung auf den Besitzer sine titulo[43]), Windscheid dehnte sie aus und sah in ihr eine reine condictio sine causa. Auf die Streitfrage näher einzugehen, liegt nicht im Rahmen der Arbeit. Es kann insofern auf die vorhandene Literatur verwiesen werden [44]) [45]). Hier soll der Jhering'schen Ansicht der Vorzug gegeben werden, da seine Ausführungen vom Standpunkt des römischen Rechts, und in diesem Streit handelt es sich ja um einen Fall aus demselben, ausgehen, vor allem aber Windscheid Jhering nicht überzeugend widerlegt haben dürfte. Haftet — Jhering folgend — nur der untitulierte Besitzer, so bedeutet das mit anderen Worten, — und darauf kam es bei Aufrollen dieser Streitfrage an, — daß die Unfreiwilligkeit des Rechtsverlustes Voraussetzung des in der Digestenstelle gegebenen Anspruchs war.

§ 6.

Die Entstehungsgeschichte der §§ 812, 816 und 817

Es bliebe zum Abschluß des geschichtlichen Teils noch übrig, auf die Entstehungsgeschichte einzugehen, die die direkten Vorarbeiten für das Gesetz in seiner heutigen Fassung zeigt und daher viele nützliche Hinweise für eine Auslegung enthält.

I. Bei der entstehungsgeschichtlichen Betrachtung sind für uns von Wichtigkeit der Entwurf I und der Gegenentwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Der Entwurf I steht noch ganz unter dem Einfluß der gemeinrechtlichen Lehre, insbesondere unter dem Einfluß Windscheids. In Anlehnung an das römische Recht findet man in ihm die einzelnen Kondiktionstatbestände, in den §§ 737 ff. aufgezählt. Im Anschluß an die besonders behandelten Fälle wird die condictio sine causa behandelt, mit dem Zwecke, Bereicherungstatbestände, die nicht durch die Einzelfälle gedeckt wurden, zu erfassen. Das Prinzip, das diese Einzelfälle auch wieder alle beherrschte, ist das der „Ungerechtfertigtkeit", ohne das dasselbe besonders zum Ausdruck gekommen wäre. Jeder der im Entwurf aufgeführten Einzelfälle hatte seine Selbständigkeit, ohne modifizierter Tatbestand einer, wenn auch nicht ausgesprochenen, so doch begriffsmäßig denkbaren Generalklausel zu sein. Von Windscheid hatte der Entwurf I die condictio wegen man-

---

[43]) Jherings Jahrbuch Bd. 16, S. 308. Er schreibt dazu, daß W. vom Standpunkt der Bereicherung ausgehe, während er selber vom Standpunkt des römischen Rechts aus die Frage löse. Im übrigen hat er seine Ansicht von der singulären Bedeutung der Quellenstelle damit begründet, daß der von einem titulierten Besitzer erlangte Kaufpreis nicht ungerechtfertigt auf Kosten eines anderen in dessen Vermögen gekommen sei.

[44]) Für Windscheid: Dernburg, Pand. II, § 225 Anm. 26, S. 529; Freund a. a. O. S. 879; Krüger, Arch.civ.Prax., Bd. 58, S. 397.

[45]) Für Jhering: Witte a. a. O. S. 295, S. 310, S. 325; Brinz, Pand. II, 2, § 302. Anm. 8; Pfersche, a. a. O. S. 69 ff.

gelnder Voraussetzung in die §§ 742—744 übernommen. In Konsequenz der Aufnahme dieser Lehre wurde eine Ausschlußklausel bei der condictio wegen mangelnder Voraussetzung in dem § 743 Abs. 1 geschaffen. Entgegen Windscheid hatte man jedoch die Rückforderung wegen verwerflichen Empfangs als selbständigen Anspruch in dem § 747 normiert und in Anlehnung an das bisherige Recht bei der condictio ob turpem causam in dem § 747 Abs. 3 eine weitere Ausschlußklausel geschaffen. Im Rahmen seiner Monographie über die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche führt Heck bei Behandlung der Entstehungsgeschichte dazu aus [46]), daß nach den Motiven diese Vorschrift dem geltenden Recht und den Gedanken auf denen die condictio ob turpem causam beruhe, entspreche, so daß man diese Ausschlußklausel nicht als Ausdruck eines allgemeinen Strafgedankens aufzufassen haben wird.

II. a) Der zweiten Kommission lag bei ihren Beratungen ein Gegenentwurf vor. In diesem Gegenentwurf hatte man die im I. Entwurf im Anschluß an die Einzelfälle behandelte condictio sine causa an den Anfang der Bereicherungslehre gestellt. Die Protokolle führen dazu aus, daß durch diese Umstellung die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung an Uebersichtlichkeit und Klarheit gewännen, es auch richtiger sei, besonders aus systematischen Gründen, das allgemeine, die ganze Bereicherungslehre beherrschende Prinzip an die Spitze zu stellen [47]). Aus diesen Ausführungen der Protokolle ergibt sich meines Erachtens ohne Weiteres, daß man sich durch die Umstellung nicht von den Gedankengängen des römischen und gemeinen Rechts entfernen wollte, indem man den Einzeltatbeständen ihre oben ausgeführte Selbständigkeit innerhalb des sie beherrschenden Prinzips nehmen wollte. In den Gesetzesmaterialien finden wir im Gegenteil ausdrücklich betont, daß man in Anlehnung an das römische Recht verfahren wollte.

b) Bei der Betrachtung des § 816 ist von Interesse, welche Stellung man in dem angedeuteten Streit zwischen Jhering und Windscheid einnahm. In Verfolg der Jhering'schen Auffassung muß der von ihm zugebilligte Anspruch als ein beschränkter obligatorischer Eigentumsschutz angesehen werden. Johow, der Bearbeiter eines sachenrechtlichen Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, behandelte die Fälle im Anschluß an die Jheringsche Lehre und vermied daher eine zu große Ausdehnung des Anspruchs, den er im Anschluß an die Eigentumsansprüche behandelte. Nach seinem Entwurf ging der Anspruch nur dann gegen den redlichen Besitzer welcher Eigentum erlangt hatte, wenn ein Erwerbsgrund nicht vorlag [48]). Im ersten Entwurf gab man die Unterscheidung zwischen titulierten und untitulierten Besitzer auf. Man änderte den Anspruch, den Johow [49])

[46]) Heck, a. a. O., § 7, S. 47 ff.
[47]) Protokolle, Bearbeiter Mugdan, S. 1170.
[48]) Vgl. Kübels, Teilentwurf. Recht d. Schuldverh. II, Spez. Teil. Abschnitt II Titel 8 IV S. 89.
[49]) Johow, Entwurf eines BGB., Bd. 1.

nur beschränkt bei Verletzung des Eigentums gab, in ein Rechtsmittel für den, „der durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbs einen Rechtsverlust erlitten hatte[50]), welcher Art das geschädigte Recht auch war". Ueber den Grund zur Herausgabe bemerken die Motive[51]): „Die Verpflichtung des Nichtberechtigten, die Bereicherung, welche er durch die Veräußerung oder die Belastung des Rechtes oder durch eine auf Grund derselben an ihn erfolgten Leistung erlangt hat, an den Berechtigten herauszugeben, ist in der Billigkeit begründet." Der Streit zwischen Windscheid und Jhering hatte somit seine generelle Bedeutung verloren, da der § 816 sich von einem beschränkten obligatorischen Eigentumsschutz, dessen Charakter dem Tatbestand eine Selbständigkeit der Anspruchsbegründung verleihen mußte, zu einem allgemeinen Schutzanspruch gegen den Eingriff in alle Arten entwickelt hatte, somit § 816 nach Zweck und Grund mit § 812 korrespondierte.

c) Für den Nachweis der Selbständigkeit der Anspruchsbegründung des § 817 sind eigentlich nur die Verhandlungen über § 817 S. 2 von maßgebender Bedeutung. Diese Verhandlungen dürften die vom Verfasser vertretene Ansicht über die Stellung des § 817 im Kondiktionsrecht bestätigen bezw. stützen. Wie oben schon kurz angedeutet, faßte man im Gegensatz zu Entwurf I, der in den § 743,1 und 747,3 Ausschlußklauseln vorsah, diese beiden im zweiten Entwurf zusammen mit dem Erfolge, daß nach dieser Fassung eine Ausdehnung auf alle Bereicherungsansprüche, also auch auf die Fälle der einseitigen Verwerflichkeit des Gebers, möglich war. Nach der zweiten Fassung und aus der Stellung der Vorschriften zueinander wurde die turpitudo solius dantis vollständig unabhängig von der turpitudo accipientis bewertet. „Die Ordnung des Gesetzentwurfs fand gerade in dieser Hinsicht Widerspruch"[52]). Es wurde so ein Verlegungsantrag eingebracht, der darauf hinauslief, die in § d 2 enthaltene Vorschrift des Anschlusses des Rückforderungsrechtes bei turpitudo solius dantis in engere Verbindung mit dem in § 6 enthaltenen Verstoß gegen das gesetzliche Verbot oder gegen die guten Sitten auf seiten des Empfängers zu bringen. Der Verlegungsantrag fand schließlich die gewünschte Erledigung[53]). Durch die erneute Fassung wird eindeutig der Wille des Gesetzgebers, der ihm für den Tatbestand des heutigen § 817 S. 1 in Verbindung mit § 817 S. 2 vorgeschwebt hat, demonstriert.

Die vorherrschende Meinung und das Reichsgericht will diese Auffassung nicht gelten lassen. Es wird vielmehr der Standpunkt

[50]) Freund, Eingriff in fremde Rechte, S. 10/11.
[51]) Motive, Bd. III, S. 224.
[52]) Heck, a. a. O. S. 49; Rimmelin, a. a. O. S. 35 ff.
[53]) Verlegungsantrag, S. 686, Antrag 1, S. 687, 2 d § 702 IV: „Verstößt die Zweckbestimmung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so findet die Rückforderung nur dann statt, wenn dem Empfänger der Leistung ein solcher Verstoß zur Last fällt; sie ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt".

vertreten, daß der Verlegungsantrag die materielle Seite der Ausschlußklausel, sowie sie in dem ersten und zweiten Entwurf zum Ausdruck kam, nicht ändern sollte, sondern lediglich eine rein formale Umstellung hätte bezweckt werden sollen. Eine Aenderung im Anwendungsgebiet aber habe man nicht beabsichtigt. Zur Unterstützung dieses Standpunktes werden insbesondere die Protokolle herangezogen [54]), in denen von einer materiellen Aenderung nicht die Rede sei. Mit Heranziehung der Protokolle widerspricht sich aber die herrschende Lehre selbst, denn gerade weil keine positiven Aeußerungen über den Willen des Gesetzgebers ausdrücklich fixiert worden sind, muß man sich an die gegebenen Tatsachen und den Text in der vorliegenden Formulierung, die von der des ersten und zweiten Entwurfes abrückt, halten und darf nicht Schlüsse ziehen, die von den zur Gesetzgebung berufenen Personen sogar, wie im vorliegenden Falle, während der Beratung abgelehnt worden sind.

§ 7.

Voraussetzungen und Inhalt des § 812 BGB.

§ 812 bestimmt, daß jemand von einem andern etwas zurückfordern kann, wenn der Andere das Etwas auf Kosten des Rückfordernden ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Der Kondiktionsbeklagte ist dann, wie man sagt, bereichert. Die Bereicherung kann auf positivem oder negativem Wege vor sich gegangen sein [55]). Positiv ist die Bereicherung dann, wenn sich das Vermögen des Anderen tatsächlich vermehrt hat, einen Zuwachs irgendwelcher Art erfahren hat, negativ dann, wenn z. B. der andere von Schulden befreit worden ist oder Auslagen gespart hat, zu denen er verpflichtet war. In allen diesen Fällen ist eine Bereicherung auf Kosten eines Anderen eingetreten.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann die Bereicherung im Wege einer Leistung oder auf sonstige Weise, d. h. sie kann abhängig oder unabhängig vom Willen des Benachteiligten vor sich gegangen sein; die Güterbewegung muß auch auf seine Kosten erfolgt sein, denn sonst kann sie forderungsrechtlich nicht ins Gewicht fallen. Der Begriff „auf Kosten" bedeutet zunächst ganz elementar ausgedrückt, daß einem Gewinn auf der Seite des Bereicherten ein Verlust auf der Seite des Aermergewordenen gegenüberstehen muß.

Den Begriff „auf Kosten" hat man gewählt, weil der im I. Entwurf verwendete Begriff „aus dem Vermögen" zu eng erschien, da man unter den Bereicherungstatbestand auch die Fälle subsummieren wollte, in denen der Gegenstand der Bereicherung „ohne bereits in das Vermögen des Kondiktionsberechtigten übergegangen zu sein, doch schon den Vermögensstand desselben berührte" [56]).

---

[54]) Protokolle S. 2937, 2979 (Mugdan Prot. S. 1170).
[55]) Oertmann, Bem. 2 a zu § 812, S. 1326.
[56]) Protokolle II S. 2943 (Mugdan Prot. S. 1171.

Die herrschende Lehre [57]) hat in Uebereinstimmung mit der Praxis [58]) gerade aus den Worten „auf Kosten“ gefolgert, daß die Vermögensverschiebung selbst unmittelbar zwischen den Parteien erfolgt sein muß. Begründet wird diese Auffassung durch Heranziehung der §§ 816 Abs. 1, S. 2 und 822. In diesen Fällen ist bekanntlich auch der mittelbar Bereicherte zur Herausgabe verpflichtet, wenn er den Gegenstand der Bereicherung unentgeltlich erlangt hat. Man faßt die Paragraphen daher als Ausnahmen von § 812 auf und schließt daraus, daß das Gesetz, wenn diese Ausnahmen nicht vorliegen, auf dem Standpunkte steht, daß der Zusammenhang zwischen Bereicherung und Entreicherung ein unmittelbarer sein muß. Eine Bereicherung im Sinne des Gesetzes liegt daher beispielsweise nicht vor, wenn der Erwerb des Erlangten durch eine Zwischenperson auf Grund eines Rechtsgeschäftes desselben mit dem Bereicherten vermittelt worden ist [59]).

II. Unter den Begriff der „Unmittelbarkeit“ hat man die Identität des Umstandes und Identität des Objektes der Bereicherung zu verstehen [60]). Identität des Umstandes heißt nichts anderes, als daß dieselbe Tatsache, derselbe Umstand, der auf der einen Seite eine Bereicherung bewirkt hat, auf der andern Seite eine Vermögensschmälerung im Gefolge haben muß, während der Begriff der Identität des Objektes erfordert, daß derselbe Vermögenswert, dieselbe Sache, derselbe Gegenstand, der auf der einen Seite in das Vermögen des Bereicherten hereinkommt, auf der anderen Seite, der des Verlustträgers herausgegangen sein muß. Bei der positiven Bereicherung, die auf eine Leistung des Kondizienten zurückzuführen ist, dürfte das ohne weiteres einleuchtend sein. Ein Buch, das ohne rechtlichen Grund übereignet wird, ist sowohl Gegenstand der Bereicherung, als auch Gegenstand des Vermögensverlustes, wobei der Vermögensverschiebung auf Grund derselben Tatsache, nämlich der Eigentumsübertragung, erfolgt. Dieselbe Sachlage ist zu verzeichnen bei einem Erwerb „auf sonstige Weise“. Die Bereicherung ist in diesen Fällen wie Jung richtig ausführt [61]) zurückzuführen auf die Vorschriften über

---

[57]) RGR. Kom. Anm. 3 zu § 812 S. 499; Gierke, Privatrecht S. 1005; Planck, Bem. I, 2 c zu § 812 S. 1624; Oertmann, Vorbem. 2 d zu § 812 S. 1330.

[58]) RG. JW. 1905 S. 80; Gruch. Bd. 51 S. 967; Rechtspr. OLG. II S. 505; IV S. 53 ff.; Recht 1907 S. 81; RG. 66/80; 73/177; 92/83; 94/192; 97/65; 99/166.

[59]) RGR. Kom. § 812, 3 S. 499; Planck, Bem. I, 2, c, zu § 812, S. 1624; vgl. RG. JW. 1905 S. 80; 1908 S. 432; Gruch. Bd. 51 S. 967; Rspr. OLG. II S. 505. Im gemeinen Recht wurde das Erfordernis des unmittelbaren Uebergangs der Vermögensobjekte ebenfalls vertreten. Windscheid, Pand. II S. 870 führt dazu aus, daß die Formulierung „auf Kosten“ wohl gewählt sei, um u. a. sich auch sachlich der bisherigen Fassung im gemeinen Recht anzuschließen.

[60]) So z. B. auch Oertmann, Bem. 2, d zu § 812 S. 1331 u. andere.

[61]) Jung, Wesen und Bedeutung des schuldrechtlichen Grundes S. 154.

die „Zustandsrechte, die zunächst die Ruhelage der Genußgüter zu schützen bestimmt sind, aber in gewissen Fällen ausnahmsweise die Bewegung eines feststellbaren Einzelwerts aus einem Vermögen in ein anderes herbeiführen". Der Grund der gewollten Rechtsverschiebung liegt in dem stärkeren Zustandsrecht, welches ein schwächeres deshalb zerstört, weil es z. B. wünschenswert erscheint, die Rechtslage an einer zusammengesetzten Sache oder dergl. einheitlich zu gestalten. Für eine Vermögensverschiebung „auf sonstige Weise" kommen insbesondere die Vorschriften über Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946—950) in Frage. In diesen Fällen kommen bewegliche Sachen aus dem Vermögen einer Person in dasjenige einer anderen — gleichgültig, ob die Handlung durch den Bereicherten selbst oder durch einen Dritten vorgenommen wird — und sollen, da sie nicht mehr in ihrer Gestalt erkennbar oder feststellbar sind, in diesem Vermögen bleiben. Worauf es hier nur ankommt, ist festzustellen, daß das Objekt, welches infolge des stärkeren Zustandsrechtes des Bereicherten in sein Vermögen geht, dasselbe ist, als dasjenige, welches aus dem Vermögen des Anderen herausgegangen ist. Die Identität des Umstandes ist durch die gesetzlichen Vorschriften, welche die Rechtsverschiebung anordnen, gegeben. Abzusehen ist von dem Erfordernis der Identität des Objektes nur in den Fällen der negativen Bereicherung, wo ein Objektwechsel naturgemäß ausscheiden muß.

Gegen die Auffassung, daß ein Rückforderungsanspruch nur dann begründet ist, wenn die Vermögensverschiebung unmittelbar vor sich gegangen ist, hat sich insbesondere Enneccerus gewandt [62]). Er lehnt dieses Erfordernis mit der Begründung ab, daß die dadurch erreichte Beschränkung des Bereicherungsanspruchs mit den Vorschriften und den Grundgedanken des Gesetzes in Widerspruch stehe. Er erachtet das Vorhandensein eines bloßen Kausalzusammenhangs zwischen dem Vorgang der Bereicherung und dem Vorgang des Aermerwerdens für genügend. Ihm angeschlossen haben sich Crome [63]) und Dernburg [64]). Diese gehen sogar noch weiter als Enneccerus und wollen die römische actio de in rem verso, die auch das preußische Landrecht (A.L.R. I,13) für nützliche Verwendungen gab, entsprechend auf unser heutiges Recht anwenden. Eine derartige Behandlung kann gelegentlich allerdings zu erfreulicheren Ergebnissen als die der herrschenden Lehre führen. Aus prinzipiellen Gründen ist sie jedoch abzulehnen, da mit ihrer Hilfe der Bereicherungsanspruch schnell zu einem „verschwommenen Billigkeitsbehelf" [65]) erweitert würde.

---

[62]) Enneccerus, § 441, II, 4 S. 632. Diese Ansicht ist in der Neubearbeitung von Lehmann allerdings ausdrücklich aufgegeben. s. Enneccerus Lehmann II S. 683, Anm. 17.

[63]) Crome, 2. Bd., § 317, 3a, S. 983 und § 321, III S. 998.

[64]) Dernburg, Pand. II § 138, 1 S. 375, wo in Anm. 10 auf einen in Pand. I § 225 Anm. 25 besprochenen Fall verwiesen wird.

[65]) Jung. Wesen und Bedeutung des schuldrechtl. Grundes S. 155.

III. Zu einer weiteren Einschränkung des Kondiktionstatbestandes hat die wichtigste Voraussetzung desselben, nämlich die Normierung des Tatbestandsmerkmals des „mangelnden rechtlichen Grundes“ geführt. Dieser Begriff ist der Angelpunkt und die eigentliche Rechtfertigung des gesetzlichen Rückforderungsrechtes, d. h. nicht nur für § 812, sondern für alle Kondiktionsgruppen überhaupt. Ohne den Mangel des Rechtsgrundes ist ein Vermögenswert der auf Kosten eines anderen sich verschoben hat, nie kondizierbar.

a) Streitig ist, ob man die Frage, wann eine Bereicherung ohne rechtlichen Grund erfolgt ist, einheitlich beantworten kann oder nicht. Die Schriftsteller, die diese Möglichkeit bejaht haben [66]), haben versucht, durch Gegenüberstellungen zu befriedigenden Lösungen zu gelangen. So spricht Planck [67]) von formell gerechtfertigten, materiell aber ungerechtfertigten Vermögensverschiebungen oder Endemann [68]) von einem Erwerb mit vollem dinglichen Erfolg, der aber der inneren rechtfertigenden Begründung entbehrt. Das heißt im Grunde dasselbe, denn Endemann setzt das „dinglich wirksame“ an die Stelle von „äußerlich, formell gültig“. Im wesentlichen nähert er sich mit seiner Formulierung, indeß dem Kernpunkt der ganzen Frage. Ueberhaupt dürften die im einzelnen zwar verschiedenen Formulierungen im Grunde ihrem inneren Gehalt nach als gleichartig anzusehen sein.

Windscheid und Hellwig, die die Möglichkeit verneint haben (s. Anm. 66), sehen, ihrem Standpunkt entsprechend, den Grund für die Vermögensausgleichung in allgemeinen Billigkeitserwägungen [69]). Schon deshalb, weile diese außerordentlich dehnbar sind und eine nur einigermaßen genaue Fixierung für einzelne Fälle, infolge der darüber oft weitgehendst auseinandergehenden Auffassungen so gut wie unmöglich machen, wird man sich dem von ihnen vertretenen Standpunkt m. E. kaum anschließen können. Insbesondere Stammler [70]) hat sich gegen die Anwendung des Billigkeitsbegriffes gewehrt. Er unterscheidet zwischen technisch beschränkten Rechtsbestimungen, die richtiges Recht und Rechtsbestimmungen enthalten. Aber auch seine Definition enthält wohl dieselben Schwierigkeiten, da die Beurteilung dessen, was richtiges Recht ist, ebenfalls wieder dem einzelnen über-

---

[66]) Collatz, Vermögensverschiebung, S. 40; Realgeschäfte S. 22 f.; v. Mayr a. a. O. S. 428 ff.; Jung, Bereicherungsansprüche S. 129 f.; Plessen a. a. O. S. 50; Schulz, a. a. O. S. 473 will sogar den ganzen Begriff des Bereicherungsanspruchs auflösen und in dem weiteren Begriff der Ansprüche aus Eingriffserwerb aufgehen lassen. Verneinend haben sich Windscheid, Pand. II, § 422, S. 871 und Hellwig, a. a. O. S. 135 f. GB. geäußert.

[67]) Planck, Vorbem. zu § 812, S. 1612.

[68]) Endemann, Bd. I, § 198, S. 1234.

[69]) Den Billigkeitsbegriff verwenden ferner: Kuhlenbeck, S. 559; O. Mayer, iusta causa, S. 42; Schloßmann, Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge, S. 40; Crome, S. 979; u. a.

[70]) Stammler, a. a. O. S. 5.

lassen ist. Einen allgemeinen, festumrissenen Begriff kann auch er nicht geben.

In seiner Monographie über „Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck" hat sich Locher [71]) mit dem Verhältnis des Rechtsgrundes zum Geschäftszweck auseinandergesetzt. Er scheidet die Fälle des Erlangens „auf sonstige Weise" zunächst aus, da für diese Fälle eine materielle Rechtfertigung der Bereicherung mittels eines psychologischen Vorgangs, wie er in den Fällen des Erlangens durch Leistung gegeben ist und in welchen der Geschäftszweck erst zum Ausdruck kommt, naturgemäß nicht in Frage kommen kann. In den Bereicherungsfällen durch Zuwendungsakt hält er eine Zweckbeziehung des Zuwendungsaktes zu dem psychologisch materiellen Element, welches die jeweilige Verschiedenheit des objektiven Rechtsgrundes des Vermögenserwerbs und der Vermögensverschiebung erst in das rechte Licht rückt, für eine Notwendigkeit und auch für den natürlichen Anknüpfungspunkt der Rechtsordnung. Die Erkenntnis des mangelnden rechtlichen Grundes wird nach seiner Auffassung erst erreicht durch eine künstliche Abstraktion der Rechtsordnung, und zwar in Fällen des Erlangens durch Leistung eines anderen durch eine Abstraktion von einem psychologischen Gesamttatbestand in Form der Anerkennung des abstrakten Rechtsgeschäftes, so daß in diesen Fällen dem Mangel der causa in objektivem Sinne ein Mangel der causa in subjektivem Sinne entsprechen würde. Lochers Ansicht enthält m. E. den Fehler, daß sie, wie man es übrigens auch bei anderen Schriftstellern [72]) noch finden kann, zu großen Nachdruck auf die subjektive Seite, d. h. auf den Willen der Parteien legt. Dieser ist zwar keineswegs gleichgültig. Aber abgesehen davon, daß durch die Betonung des Zweckmomentes auch nur die Fälle getroffen würden, in denen die Bereicherung durch Leistung erfolgt ist, zeigt schon die Tatsache, daß das BGB. auf den Willen der Parteien keinen ausschlaggebenden Wert legt, sondern statt dessen vom Zwecke einer Leistung oder von dem mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolg spricht [73]), daß der Mangel des rechtfertigenden Grundes auf die vorgetragene Weise sich nur schwer erklären läßt. Da aber der Zweck oder der bezweckte Erfolg auch nur durch den Willen der Parteien bestimmt werden kann, trägt die Erforschung des Willens immerhin zur Klärung der Frage, wann eine Bereicherung ungerechtfertigt ist, mittelbar in hohem Maße bei.

b) Geht man nun von dem Erlangen aus und stellt die Voraussetzungen fest, unter denen eine Vermögensverschiebung gerechtfertigt ist, so muß man umgekehrt auch daraus die Prinzipien ableiten können, unter denen die Bereicherung ungerechtfertigt erscheint, das Haben des Bereicherten also des rechtlichen Grundes entbehrt, d. h. des rechtlichen Grundes, der eine Vermögensverschiebung sanktio-

[71]) Locher in Arch.civ.Prax. Bd. 121, S. 34 ff.
[72]) z. B. v. Koschembahr-Lysowsky a. a. O. S. 2, S. 29.
[73]) BGB. §§ 813 und 814, ferner §§ 812, Abs. 1, S. 2 und 817.

niert gegenüber der formell und auch materiell gebilligten Rechtsverschiebung. (In diesem Sinne ist auch die Planck'sche Formulierung „formell gerechtfertigt" und „materiell ungerechtfertigt" nicht ganz richtig, zumindest irreführend, denn die Rechtsverschiebung ist nicht nur formell, sondern auch materiell an sich begründet.)

Bei den Fällen des Erlangens durch Leistung eines anderen, vollzieht sich die Rechtsverschiebung, d. h. das Erfüllungsgeschäft auf Grund der geschaffenen obligatorischen Beziehungen. Mit diesem steht es in engstem Zusammenhang, da durch dieselben erst der Zweck der Zuwendung ersichtlich wird. Jung [74]) definiert daher, daß die Rückforderung immer nur dann begründet werden kann, wenn „die mit der Zuwendung typisch verbundene Einwirkung auf die besonderen rechtlichen Beziehungen der Parteien, d. h. auf die, zwischen ihnen bestehenden oder zu begründenden schuldrechtlichen Beziehungen ausfällt". Aus dem Begriff der Rückforderung einer Bereicherung geht hervor, daß bei Prüfung des mangelnden Rechtsgrundes von dem Standpunkt des Bereicherten auszugehen ist. Nicht darum handelt es sich also, ob aus dem Vermögen des Kondiktionsklägers etwas ohne rechtlichen Grund herausgegangen ist, sondern darum, ob das Herausgegangene rechtlos dem Vermögen des Bereicherten zugewachsen ist. Sehr mit Recht hat Jung in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß ein Schuldverhältnis nicht nur durch die Person des Schuldners individualisiert werden kann, sondern auch durch die Person des Gläubigers und die Bezeichnung des Entstehungsgrundes. Wird also an den richtigen Gläubiger gezahlt und durch die Zuwendung auf die rechtlichen Beziehungen zwischen ihm und dem Schuldner in wirksamer Weise eingewirkt, so ist für eine Rückforderung kein Raum mehr. (Jung, S. 160.) Nicht nur die Rechtsverschiebung, sondern auch die Vermögensverschiebung ist auf Grund der relativen Beziehungen zwischen den Beteiligten vom Standpunkt des Bereicherten aus gesehen, gerechtfertigt. Nur dann, wenn ein kausales Geschäft zwischen den Parteien nicht entstanden oder später weggefallen ist, irgendwelche relativen Beziehungen zwischen den Parteien also nicht bestehen, ist eine Ausgleichsmöglichkeit der erfolgten Vermögensverschiebung im Wege des schuldrechtlichen Bereicherungsanspruchs gegeben. Diese fällt natürlich auch dann weg, wenn zwar im Zeitpunkt der Bereicherung relative Beziehungen nicht bestanden, sondern erst später durch nachträgliche Genehmigung etwa entstanden sind. Man kann also sagen, daß der Mangel des rechtlichen Grundes dem Mangel von relativen Beziehungen zwischen den Beteiligten entspricht, wobei man vom Standpunkt des Bereicherten ausgehen und fragen muß, ob die etwa vorhandenen relativen Beziehungen den erlangten Vermögenszuwachs wirksam beeinflussen, d. h. rechtfertigen konnten oder nicht.

Ist eine Bereicherung „auf sonstige Weise" erlangt — wie es z. B. bei Vermögensverschiebungen kraft gesetzlicher Bestimmung der Fall

---

[74]) Jung, Wesen und Bedeutung des schuldrechtl. Grundes S. 159.

ist[75]) — so fehlen die freiwillige Uebergabe des in das Vermögen des Bereicherten gelangten Gegenstandes, und die relativen Beziehungen. Es handelt sich um eine vom Gesetz gebilligte Rechtsverschiebung, wobei es für die damit in Zusammenhang stehende Vermögensverschiebung zunächst an jeglicher rechtlichen Grundlage fehlt. Die rechtliche Grundlage sollte nach § 748 Abs. 2, Entwurf I dann im Zweifel allerdings immer vorliegen, wenn ein Rechtsverlust auf einer kraft Gesetz bestimmten Vorschrift beruhte. Eine entsprechende Vorschrift gibt es in unserem heutigen Recht nicht. Es muß daher geprüft werden, ob die erfolgte Vermögensverschiebung nur eine Rechtsverschiebung oder auch eine Wertverschiebung zwischen den einzelnen Vermögen bedeuten soll. Findet ein Rechtübergang durch tatsächliche Handlungen statt, so erkennt das Gesetz damit meistens auch eine, die Vermögensverschiebung rechtfertigende causa an, es sei denn, daß das Gegenteil durch eine besondere gesetzliche Vorschrift bestimmt wird. In diesen Fällen, in denen die dingliche, nicht aber die relative Rechtslage erfüllt ist, läßt das Fehlen von relativen Beziehungen auch hier eine auf Kosten eines anderen erlangte Bereicherung als ungerechtfertigt erscheinen. Nicht zuzustimmen ist Grützmacher[76]), wenn er ausführt, ein rechtlicher Grund für die Bereicherung läge in den Fällen des Erlangens auf „sonstige Weise" immer vor. Er vermischt die durch die Rechtsordnung bestimmten und damit sanktionierten Rechtsverschiebungen mit den damit verbundenen Vermögensverschiebungen. Letztere sind eben nur dann gerechtfertigt, wenn relative Beziehungen vorliegen, sei es, daß diese durch Vertrag geschaffen sind oder durch Gesetz, indem unter gewissen Voraussetzungen Ersatzansprüche zugebilligt werden.

Gegen die von Jung ausführlich begründete Lehre, die den Mangel des rechtlichen Grundes in dem Mangel von relativen Beziehungen zwischen den Parteien sieht, hat sich Stammler[77]) gewandt, der die Fälle des Rücktritts, der Wandlung, der Kündigung, des Widerrufs, der Anfechtung und der auflösenden Bedingung in ihrem Verhältnis zum Bereicherungsanspruch untersucht hat. Er hat dargelegt, daß die Jungsche Lehre den Bereicherungsanspruch nicht in genügender Weise von den genannten Rechtsinstituten abgrenze, da auch für diese Fälle mangelnde relative Beziehungen anspruchsbegründend in die Erscheinung treten könnten. Gelegentlich wird eine scharfe Trennung auf Schwierigkeiten stoßen. Im allgemeinen wird eine Scheidung jedoch unter dem Gesichtspunkt möglich sein, daß der Bereicherungsanspruch den Ausgleich einer Bereicherung durch die Herausgabeverpflichtung des Bereicherten erreichen will, während die von Stammler angeführten Rechtsinstitute die sämtlichen Wirkungen von Willenserklärungen rückgängig zu machen suchen, ohne daß es dar-

[75]) Beispiele s. RGR. Kom. Anm. 5 zu § 812 S. 502.
[76]) Grützmacher in Sächs. Arch. f. bürg. Recht und Prozeß, Bd. 4, S. 52.
[77]) Stammler, a. a. O. S. 14 f.

auf ankommt, ob der andere Teil noch auf Kosten des anderen bereichert ist.

Weiterhin behauptet Stammler, daß die von Jung aufgestellte Lehre nicht mit den §§ 814 und 815 BGB. in Einklang zu bringen sei, da in diesen Fällen relative Beziehungen oder eine bezweckte obligatorische Einwirkung gar nicht vorhanden sei. Trotz dieses Fehlens werde jedoch vom Gesetz eine iusta causa als vorhanden angenommen. Demgegenüber kann nur erwidert werden, daß eine Rückforderung wegen Mangels eines Rechtsgrundes nicht gestattet werden kann, wenn derselbe als solcher offenbar nicht in Betracht kommt [78]). In dem Falle des § 814 haben die Parteien, speziell der Leistende, auf relative Beziehungen scheinbar keinen Wert gelegt, so daß das Fehlen dieser Beziehungen auch keine rechtliche Beachtung verdient. Dieselben Erwägungen sprechen auch bei § 815 mit. Das Ergebnis, daß eine Bereicherung bei Vorhandensein von relativen Beziehungen stets gerechtfertigt ist, wird durch Stammlers Einwendungen in keiner Weise erschüttert.

Sind die relativen Beziehungen weggefallen, so kann von einem rechtlichen Grunde nicht mehr die Rede sein; die Bereicherung ist als objektiv ungerechtfertigt erlangt anzusehen. Es hat sich ein Gegensatz zwischen dem rechtlich Erlangthaben und dem rechtlichen Behaltendürfen herausgebildet. Wird das erstere von der Rechtsordnung gefördert und gebilligt, so wird diese Billigung unter dem Gesichtspunkt des letzteren reguliert und drängt zum Ausgleich, wenn die rechtliche Grundlage für das Behaltendürfen nicht vorhanden ist, d. h. weder vertragliche noch gesetzliche Bindungen zwischen den Parteien die mit der Rechtsverschiebung notwendigerweise verbundene Vermögensverschiebung als objektiv gerechtfertigt erkennen zu lassen.

IV. Der Umfang der Herausgabeverpflichtung wird durch § 818 BGB. geregelt. Aus § 812 selbst ergibt sich zunächst, daß der Bereicherte das auf Kosten des Entreicherten Erlangte herauszugeben hat. Da der Bereicherungsanspruch das genaue „systematische Gegenstück“ [79]) zum außervertraglichen Schadensersatzanspruch darstellt, hat die Herausgabe grundsätzlich in Natura zu erfolgen. Hinzu kommen nach § 818 die Nutzungen und Surrogate des herauszugebenden Gegenstandes. Nach § 818 Abs. 2 ist bei Unmöglichkeit der Herausgabe Wertersatz nach dem gemeinen Wert zu leisten. Dieser besteht in dem objektiven Tauschwert, den der Gegenstand oder das Recht für den Entreicherten gehabt hat. Nicht unterliegt der Herausgabe der mittels des Erlangten etwa erzielte Gewinn. Da eben nur das Erlangte und zwar nur das vom Entreicherten Erlangte herauszugeben ist, ist ein Gewinn höchstens nur dann rückforderbar, wenn er als zum erlangten Gegenstand unmittelbar gehörig anzu-

[78]) s. Planck, § 814, II a, S. 1645.
[79]) Jung. Wesen und Bedeutung d. schuldr. Grundes S. 154.

sehen ist, also „wirtschaftlich eine bloße Umgestaltung oder Fortentwicklung des Empfangenen selbst ist [80]).

Ist der Empfänger nicht mehr bereichert, so ist die Verpflichtung zur Herausgabe ausgeschlossen, d. h. dann, wenn das Erlangte nicht mehr in seinem Vermögen ist, ein Ersatzanspruch auch nicht an dessen Stelle getreten ist, oder der Empfänger etwa Aufwendungen auf den erhaltenen Gegenstand gemacht hat. Dabei ist auch nach herrschender Lehre und Rechtsprechung [81]) die bei einem gegenseitigen Vertrage gemachte Gegenleistung als Aufwendung anzusehen. Wird daher ein von beiden Seiten erfüllter gegenseitiger Vertrag hinfällig, so sind bei der Feststellung der ungerechtfertigten Bereicherung die durch Leistung und Gegenleistung entstandenen gegenseitigen Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwiegen, so daß nur der sich ergebende Ueberschuß als Bereicherung herausverlangt werden kann [82]). Ein weiteres Abzugsrecht des Bereicherten für Schäden oder sonstige Benachteiligungen wird man aber ablehnen müssen, da eine Haftung des Gebers dafür meist unbegründet ist. Nur wo mit der Bereicherungshandlung unmittelbar nachteilige Folgen verbunden sind, erscheint ein Abzugsrecht gelegentlich aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt.

Abschließend kann zu den Untersuchungen über die einzelnen Voraussetzungen des § 812 folgendes gesagt werden: Der Bereicherte hat das vom Entreicherten unmittelbar auf dessen Kosten Erlangte in natura oder dem objektiven Werte nach dann herauszugeben, wenn das rechtliche Erlangthaben mit dem rechtlichen Behaltendürfen wegen mangelnder rechtlich wirksamer relativer Beziehungen — die vertraglicher oder gesetzlicher Art sein können — nicht in Einklang steht.

§ 8.

Die Voraussetzungen des § 816 BGB, ihr Verhältnis zu § 812 BGB und die daraus sich ergebenden Folgerungen.

I. § 816 regelt drei Fälle von Herausgabeansprüchen. Nach dieser Bestimmung sollen zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet sein 1. diejenigen, die als Nichtberechtigte über einen fremden Gegenstand wirksam verfügt haben, 2. diejenigen, an die als Nichtberechtigte wirksam eine Leistung bewirkt worden ist und 3. diejenigen die auf Grund einer wirksamen Verfügung eines Nichtberechtigten unentgeltlich etwas erlangt haben. Praktisch han-

[80]) Zu diesen Fragen s. Oertmann, Bem. 2 e, β, zu § 818, S. 1357 und Bem. 2, d, α, zu § 818, S. 1355.

[81]) v. Mayr, a. a. O. S. 625; Stieve, a. a. O. S. 98; vgl. weitere Literatur bei Oertmann, Bem. 3, a, α, zu § 818, S. 1358, auch RG. 94/253, 105/31.

[82]) Entsprechend der vom RG. vertretenen „Saldotheorie" s. RG. 105/31; 94/253; 86/343; 60/291; JW. 1918 S. 132 Nr. 5.

delt es sich bei § 816 im wesentlichen um den Ausgleich von Vermögensverschiebungen, die mit Rücksicht auf die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von nur äußerlich scheinbar legitimierten Personen in rechtswirksamer Weise vorgenommen werden können. § 816 Abs. 1 S. 1 schützt die Interessen der Eigentümer, bezw. der wirklich zu einer Verfügung Berechtigten, während Abs. 2 den Schutz der Interessen von Gläubigern bezweckt, die durch die Leistung eines gutgläubigen Schuldners an den ursprünglichen Gläubiger in Unkenntnis der Uebertragung der Forderung (z. B. § 407 f. BGB.) gefährdet werden können. Eine Ausnahme ist die in Abs. 1 S. 2 festgesetzte Haftung des unentgeltlichen Empfängers. Sie findet ihre innerliche Begründung darin, daß der Dritte lediglich auf Kosten des Berechtigten bereichert ist, ohne seinerseits dafür etwas hergegeben zu haben.

Wie aus der Formulierung des Themas dieser Arbeit hervorgeht, soll die Natur des § 816 als Bereicherungsanspruch nicht in Zweifel gezogen werden [83]). Die anzustellenden Erörterungen haben sich daher mit den Fragen zu beschäftigen, die sich auf die Eingliederung des Kondiktionstatbestandes des § 816 in das Gebiet der gesamten Bereicherungslehre, insbesondere auf seine Stellung zu § 812 beziehen.

II. Unstreitig kann festgestellt werden, daß das Anwendungsgebiet des § 816 in das Gebiet der Fälle gehört, in denen die Bereicherung nicht auf eine Leistung des Berechtigten zurückzuführen ist. Der Erwerb aus der Veräußerung der fremden Sache beruht auf einem Eingriff des Nichtberechtigten in die Rechtssphäre des Berechtigten und ist, da er vom Berechtigten ungewollt erfolgt ist, „in sonstiger Weise" vor sich gegangen.

Die Erörterungen über die Eingliederung der Herausgabeverpflichtung infolge Vermögenserwerbes „in sonstiger Weise" in den generell typischen Bereicherungstatbestand des § 812 dürften dadurch am meisten gefördert werden, daß die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 816 unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage geprüft werden, um daran anschließend festzustellen, wie sich diese Voraussetzungen mit ihren Folgen zu denen des § 812 verhalten.

Die objektiven Voraussetzungen des § 816 interessieren für das Thema, soweit es sich um die Begriffe der „Verfügung über einen

---

[83]) Angezweifelt ist die Natur des § 816 als Bereicherungsanspruch besonders von Rieß a. a. O. S. 74, von Schmidt in Jherings Jahrbuch Bd. 72 S. 22 und von Schulz, Rückgriff S. 111 und in Arch.civ.Prax. Bd. 105 S. 36 ff. Rieß stützt sich darauf, daß der Nichtberechtigte nicht ohne rechtlichen Grund bereichert sei, da sein Erwerb auf einem gültigen kausalen Rechtsgeschäft beruhe. Die Ansicht von Schulz ergibt sich aus der von ihm gebildeten Lehre über das System der Rechte auf den Eingriffserwerb, während Schmidt den § 816 als einen Anspruch auf Herausgabe des Surrogates ohne Rücksicht auf eine Bereicherung auffaßt, der dem Prinzip des § 251 entspreche. Andernfalls wäre es s. E. unmöglich, den Erlös, der höher als der Wert der Sache sei, herauszuverlangen, da dieser ja nicht auf Kosten des Klägers erlangt worden wäre.

Gegenstand" handelt, zwar nicht unmittelbar. Sie sollen der Vollständigkeit halber aber kurz andeutend berichtet werden. Zunächst wird gefordert, daß eine „Verfügung" stattgefunden hat. Es sind nach herrschender Lehre [84]) darunter diejenigen Rechtsgeschäfte zu verstehen, welche unmittelbar ein Recht übertragen, belasten, ändern oder aufheben. Die Vermietung fremder Sachen ohne Erlaubnis des Eigentümers ist daher z. B. keine „Verfügung" im Sinne des § 816, da dadurch der Rechtszustand der Sache nicht geändert wird (RG. 106/109). Anlaß zu längeren Untersuchungen hat nur die Frage gegeben, ob neben den „rechtsgeschäftlichen Verfügungen" auch Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung — z. B. bei Versteigerung von Gegenständen, die dem Schuldner nicht gehören — vorgenommen sind, mit unter § 816 fallen. Die Antwort lautet heute fast allgemein bejahend [85]), und zwar hauptsächlich aus Billigkeitserwägungen heraus, die in der Ueberlegung ihre Begründung haben, daß es unbillig wäre, dem Berechtigten nur deshalb einen Rechtsverlust zuzufügen, weil es sich nicht um „rechtsgeschäftliche Verfügungen" bei sonst gleicher Interessenlage handelt.

Der Nichtberechtigte muß fernerhin über einen „Gegenstand" verfügen. Was man unter diesem von dem BGB. eingeführten Begriff zu verstehen hat, ist bestritten. Einige Schriftsteller [86]) halten den Begriff „Gegenstand" mit dem Begriffe „Rechtsgegenstand" für gleichbedeutend, d. h. mit einem möglichen Gegenstand von Rechten; andere sehen in ihm Sachen und Rechte einheitlich zusammengefaßt. In seiner Abhandlung „Der Gegenstand" hebt Sohm [87]) indes hervor, daß beide Meinungen nicht ganz zutreffen. Er führt aus, daß der Begriff „Gegenstand" untrennbar mit dem Begriff des Verfügungsgeschäftes zusammenhängt, und Gegenstände in juristischem Sinne daher solche Gegenstände seien, die den möglichen Gegenstand von Verfügungsgeschäften bilden könnten. Darunter fallen außer den Sachen alle diejenigen Rechte, die durch ein Verfügungsgeschäft begründet, übertragen oder belastet werden können.

III. Während § 812 seine Hauptaufgabe darin erfüllt, die Mängel des obligatorischen Rechtsgeschäftes gegenüber dem fehlerlos dinglichen Rechtsakt zur Wirkung zu bringen, setzt § 816 gerade ein mangelndes dingliches Recht voraus, indem er verlangt, daß der Passivlegitimierte „Nichtberechtigter" ist. Das könnte dazu verleiten,

[84]) Planck I, Vorbem. VII, 4 zum 3. Abschnitt S. 233; Rieß a. a. O. S. 12; Fischer-Henle, Vorbem. zum 3. Abschnitt S. 61; v. Mayr a. a. O. S. 282; Freund a. a. O. S. 28; Staudinger I, Vorbem. VIII A zum 3. Abschnitt S. 123; Enneccerus I, 1 § 134 I, S. 342.

[85]) Siehe genaue Literaturangaben bei Oertmann, § 816, 1, b, S. 1344; eingehend auch Staudinger § 816, 2 , S. 1704.

[86]) Dernburg, Bd. 3, § 1 Nr. 2 S. 2; Windscheidt-Kipp, Pand. Bd. 1, S. 607; a. A. Planck Bd. 1, Vorbem. zu § 90 S. 170; Zittelmann, Allgem. Teil, S. 76.

[87]) Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1905.

mit Hellwig [88]) und Jacobi [89]) den Anspruch aus § 816 als persönlichen Eigentumsanspruch anzusehen. Dieser Begriff würde jedoch nur eine Umschreibung dafür sein, daß in diesen Fällen an Stelle des dinglichen Eigentumsanspruches der persönliche Bereicherungsanspruch getreten ist [90]). Gegen Hellwig und Jacobi spricht insbesondere der Umstand, daß § 816 einen Anspruch nicht nur dem gibt, der sein Eigentum verloren hat, sondern einen Anspruch allgemein für die Fälle vorsieht, in denen jemand infolge wirksamer Verfügung von Nichtberechtigten einen Vermögensverlust erlitten hat.

Wann ist einer nun als Nichtberechtigter anzusehen, bezw. worin kommt die Nichtberechtigung zum Ausdruck? Die Erörterung dieser Frage ist deshalb von Bedeutung, weil sich aus der Stellung des tatsächlich Verfügenden in seinem Verhältnis zum Recht auf Vornahme der Verfügung das Mißverhältnis des „rechtlichen Erlangthabens" zum „rechtlichen Behaltendürfen", welches den Herausgabeanspruch begründet, ergibt.

Der Grund der Herausgabeverpflichtung nach § 816 beruht auf einer rechtlichen Einwirkung auf eine fremde Sache. Das Recht der Einwirkung auf einen Gegenstand steht in erster Linie dem Eigentümer zu. Dieses Einwirkungsrecht, d. h. das Verhältnis einer Person zu einem in seine Rechtssphäre gehörenden Gegenstand nennt man in üblicher Weise „Verfügungsmacht" oder auch „Verfügungsbefugnis" [91]). Diese kann kraft gesetzlicher Bestimmungen oder kraft Willenserklärung des Berechtigten auf einen anderen übergehen. Im Verhältnis zum Berechtigten begründet dieser Uebergang für den anderen ein rechtliches Verfügendürfen, welches m. E. im Gegensatz zu einem bloßen Verfügenkönnen, etwa auf Grund Besitzes, steht. Der Unterschied besteht darin, daß derjenige, der die Möglichkeit zu verfügen hat, ohne jedoch Verfügungsmacht zu haben, Dritten gegenüber zur Verfügung zwar rechtlich wirksam legitimiert ist, aber auf Grund des zwischen ihm und dem Berechtigten bestehenden Innenverhältnisses, soweit man hier nicht überhaupt von einem Nichtbestehen reden muß, nicht verfügen darf. Das Substrat der Verfügungsmacht, nämlich der Anspruch auf Vornahme der Verfügung, fehlt bei dem nur tatsächlichen Verfügenkönnen. In den Fällen, in denen lediglich auf Grund eines tatsächlichen Könnens vorgenommene Verfügungen eines Nichtberechtigten gegenüber dem Berechtigten wirksam sind, beruht die Wirksamkeit der Verfügung auf einer rein äußerlichen, s c h e i n b a r e n Legitimation des Nichtberechtigten und auf dem Gesichtspunkt des Schutzes des guten Glaubens eines Erwerbers. Die mangelnde rechtliche Legitimation wird also durch eine Scheinlegitimation ersetzt, die zwar eine wirksame Verfügung des Nichtberechtigten ermöglicht, aber ohne Einfluß auf das Innenverhältnis des Nichtberechtigten zum Berechtigten ist. Nach § 815 BGB.

---

[88]) Hellwig, „Die Verträge", S. 135.
[89]) Jacobi in Jherings Jahrbuch Bd. 4 S. 244.
[90]) v. Mayr, a. a. O. S. 309.

sind Verfügungen eines Nichtberechtigten einem Berechtigten gegenüber insbesondere nur dann wirksam, wenn sie mit seiner Einwilligung vorgenommen werden. Rückwirkend werden sie ebenfalls wirksam, wenn sie später genehmigt werden (§ 185,2). Schon aus dem Wortlaut des § 185, der ausdrücklich von Verfügungen eines Nichtberechtigten spricht, darf man schließen, daß die Zustimmung des Berechtigten nicht ohne weiteres von Einfluß auf das Innenverhältnis — soweit es das Verfügendürfen betrifft — zwischen ihm und dem Nichtberechtigten zu sein braucht. Die Zustimmung, sei sie in Form der Einwilligung oder der Genehmigung gegeben, bewirkt vielmehr dadurch, daß sie die Wirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten dem Erwerber gegenüber herbeiführt, diesem gegenüber nur eine rechtliche Legitimation des Nichtberechtigten zur Verfügungsvornahme, ohne dadurch aber vorher oder nachher einen Anspruch des Nichtberechtigten zur Verfügungsvornahme zu begründen. Durch die Zustimmung erhält der Nichtberechtigte mit anderen Worten also nur ein rechtliches Verfügen k ö n n e n nach außen hin, ohne daß im Innenverhältnis zum Berechtigten seine Stellung als Nichtberechtigter geändert wird. Die Folge für uns ist die, daß auch derjenige Nichtberechtigte als „Nichtberechtigter" im Sinne des § 816 anzusehen ist, der mit Zustimmung des Berechtigten verfügt hat, es sei denn, daß durch die Zustimmung zwischen ihm und dem Berechtigten ein obligatorisches oder durch Gesetz begründetes Rechtsverhältnis geschaffen worden ist, welches ihm diesen gegenüber einen Anspruch auf Verfügungsvornahme gegeben hat [92]).

Die Nichtberechtigung in bezug auf das „Nichtverfügendürfen" schließt nun gleichzeitig den mangelnden rechtlichen Grund für das „Behaltendürfen" in sich. Es ist weiter oben ausgeführt worden, daß das Behaltendürfen von relativen Beziehungen zwischen den Parteien, d. h. von einer forderungsrechtlichen Grundlage, welche die Vermögensverschiebung gegenüber dem Entreicherten rechtfertigt, abhängt. Bestehen derartige Beziehungen nicht, so ist die Bereicherung gegenüber dem Berechtigten „ohne rechtlichen Grund" erlangt. Bestehen zwischen den Parteien Beziehungen, welche ein Verfügungsrecht des an sich „Nichtberechtigten" begründen, so ergibt sich aus diesem Rechtsverhältnis, was der Nichtberechtigte behalten darf und was nicht. Ist jedoch eine Vermögensbewegung erfolgt, ohne daß dieselbe in den rechtlichen Beziehungen der Beteiligten eine Unterlage hat, so ist die Vermögensverschiebung ohne innere Rechtfertigung. v. Mayr [93]) sagt mit Recht: „Die Rechtsordnung schützt nur den Gegner des nichtberechtigt Verfügenden, sie ignoriert jedoch nicht

---

[91]) Lehmann a. a. O. § 15, II, S. 99 ff.; v. Tuhr, RGR. Allg. Teil, § 7, IV, S. 16.

[92]) Siehe zu dieser Frage die Ausführungen über die Anwendbarkeit des § 816 auf die Fälle nachträglicher Wirksamkeit durch Genehmigung, S. 545 f. der Arbeit.

[93]) v. Mayr, a. a. O., S. 310.

den Mangel des Verfügungsrechts gegenüber dem Berechtigten.“ Wie in § 812 durch die Worte „ohne rechtlichen Grund“ zum Ausdruck gebracht wird, daß es an relativen Beziehungen zwischen den Parteien fehlen müsse, so ändert sich in § 816 durch das Hinzutreten einer dritten Person die Sachlage zwischen dem Berechtigten und dem Nichtberechtigten keineswegs, denn der rechtlich begründete Erwerb des Nichtberechtigten von dem Verfügungsempfänger kann den mangelnden rechtlichen Grund zum Behaltendürfen im Verhältnis zum Berechtigten nicht ersetzen. Es kann Riess, der entgegen dieser Auffassung ja annimmt, daß das Kriterium zur Beurteilung des § 816 darin zu sehen sei, ob dem Erwerb des nichtberechtigt Verfügenden selbst ein Rechtsgrund unterbreitet ist oder nicht, zwar nicht bestritten werden, daß der Erwerb des unberechtigt Verfügenden oder des unberechtigten Empfängers sowie des Dritten im Falle unentgeltlicher Verfügung, vom Standpunkt des objektiven Rechtes aus betrachtet, auf fehlerfreiem Fundament beruht. Darauf kommt es aber gar nicht an; denn dadurch, daß das Gesetz die Verfügungen des Nichtberechtigten als vollgültig und rechtswirksam anerkennt, stempelt es die wirksame Verfügung noch keineswegs zum Rechtsgrunde des durch sie vermittelnden Erwerbes. Die Vorschriften über die Wirksamkeit von Verfügungen sind geschaffen worden, um den Erfordernissen des Verkehrs Rechnung zu tragen, d. h. zum Verkehrsschutz und zur Verkehrssicherheit. Ueber die Frage des Rechtfertigungsgrundes sollen sie nichts aussagen, denn diese Frage beantwortet sich nach ganz anderen Gesichtspunkten. Haben die Vorschriften auch ein rechtliches Erlangthaben im Gefolge, so sagen sie über das rechtliche Behaltendürfen nichts aus.

Daß allein das Verhältnis zwischen Berechtigten und Nichtberechtigten bezgl. des mangelnden rechtfertigenden Grundes von Bedeutung ist, nimmt auch Stieve [94]) an. Er unterscheidet allerdings zwischen tituliertem und untituliertem Besitzer und glaubt auf Grund dieser Unterscheidung konstruieren zu können, daß der erstere rechtmäßig verfüge, während der letztere, da er keinen Rechtstitel zum Besitz habe, ohne rechtlichen Grund handele, somit die Bereicherung bei ihm auch ungerechtfertigt sei. Diese Ansicht ist jedoch ebenso vereinzelt geblieben wie die von Riess. Abzulehnen dürfte sie schon deswegen sein, weil die Unterscheidung zwischen tituliertem und untituliertem Besitzer bereits im ersten Entwurf zum BGB. aufgegeben wurde, dann aber ungerechtfertigt erscheint, weil objektiv derjenige, welcher den Gegenstand der Verfügung durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, ebenso nichtberechtigt ist, als derjenige, der zwar Verfügungsmacht, aber kein Verfügungsrecht hat.

Abschließend ist noch zu sagen, daß die Nichtberechtigung im Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung gegeben sein muß, wobei

[94]) Stieve, a. a. O. S. 10. Seine Unterscheidung beruht darauf, ob die tatsächliche Verfügungsgewalt auf Grund eines Titels erworben wurde oder nicht.

gleichgültig ist, ob die Nichtberechtigung sich erst später ergibt, wie es bei anfechtbaren Rechtsgeschäften wegen der Rückwirkung der Anfechtung vorkommen kann, wenn die Berechtigung sich nämlich auf den anfechtbaren Uebertragungsakt gründete [95]). Ebenso unterliegt der Klage aus § 816 der unter einer Suspensivbedingung Berechtigte solange, als die Bedingung nicht eingetreten ist. Tritt die Bedingung ein, so wird der Nichtberechtigte nach § 158 BGB im Zeitpunkt des Eintritts derselben zum Berechtigten, so daß der Herausgabeanspruch aus § 816 wegen mangelnder Voraussetzung ausscheiden muß.

IV. § 816 dient dem Ausgleich von Vermögensverlusten, die auf eine Rechtsscheinstellung des Nichtberechtigten verbunden mit dem Schutze seines gutgläubigen Gegenkontrahenten zurückzuführen sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt zahlreiche Fälle, in denen jemand Eigentum von einem Nichteigentümer erwerben kann. Der Eigentumserwerb in solchen Fällen bedeutet zugleich einen Verlust für den bisherigen Eigentümer. Für das Mobiliarsachenrecht kommen die §§ 932 bis 935 BGB., für das Immobiliarsachenrecht § 892 BGB. in Frage. Gemäß § 892 BGB. gilt der Inhalt des Grundbuches zu Gunsten eines gutgläubigen Erwerbers als richtig. Aehnlich wie dem Grundbuch wohnt auch dem Erbschein öffentlicher Glaube in der Weise inne, daß ein Dritter, der in gutem Glauben an die Richtigkeit des Erbscheins mit dem darin angegebenen Erben ein Rechtsgeschäft über einen Erbschaftsgegenstand vornimmt oder eine Leistung an ihn auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts bewirkt, geschützt wird (§ 2366 BGB.).

Entstehungsgeschichtlich haben diese Fälle Veranlassung zur Schaffung des § 816 gegeben. In seinem heutigen Wortlaut erschien er dann deshalb erwünscht, um als allgemeine Vorschrift auch für solche Fälle zu dienen, die durch die eben angeführten Tatbestände mit umfaßt wurden. So wird § 816 heute auch zum Ausgleich von Rechtsverlusten bei gutgläubigem Erwerb von Pfand- oder Nießbrauchsrechten (§§ 1207, 1032 BGB.) z. B. benutzt. Einen besonderen Schutz genießt ferner der gutgläubige Schuldner, der nach erfolgter Abtretung einer gegen ihn bestehenden Forderung noch an den alten Gläubiger zahlt (§§ 407—409 BGB.)

In diesen Fällen des Eingriffs eines äußerlich legitimierten Nichtberechtigten hat derselbe dem Berechtigten gegenüber so verfügt, daß die Verfügung diesem gegenüber „wirksam ist". Man spricht von „ursprünglicher" Wirksamkeit. Folge derselben ist, daß unabhängig vom Willen des Berechtigten der gutgläubige Erwerber den Verfügungsgegenstand seinem Vermögen einverleibt, während der Eigentümer sein Eigentum verliert. Zum Ausgleich des Verlustes soll nun entweder bei entgeltlicher Verfügung der Nichtberechtigte das durch die Verfügung Erlangte, oder bei unentgeltlicher Verfügung der Dritterwerber zur Herausgabe eben desselben verpflichet sein.

---

[95]) **Freund, a. a. O., S. 21.**

Ein Bereicherungsanspruch des Berechtigten besteht aber nur dann, wenn der Nichtberechtigte „auf dessen Kosten" bereichert ist. Im folgenden ist zu prüfen, ob das bei § 816 der Fall ist. Zweifel können mit Rücksicht darauf entstehen, daß im Falle der entgeltlichen Verfügung der Entgelt formell ja aus dem Vermögen des Dritterwerbers stammt [96]). Das Substrat eines Eigentumsrechtes ist jedoch seine Verwertungsmöglichkeit, d. h. die Möglichkeit, aus ihm Nutzen zu ziehen, etwas zu erlangen, sich einen Gegenwert zuzuführen, gleichgültig ob derselbe ideeller oder materieller Natur ist. Durch die Verfügung des Nichtberechtigten wird diese Verwertungsmöglichkeit realisiert und ein Gewinn erzielt, der, da er mit Mitteln des Berechtigten erlangt ist, auch materiellrechtlich in dessen Tasche gehört, somit auf seine Kosten von dem Nichtberechtigten erworben ist.

Die Untersuchung des § 812 zeigte indes, daß von einer Bereicherung „auf Kosten" eines anderen nur gesprochen werden konnte, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Gewinn und Verlust bestand. Eingeschränkt wurde diese Frage des Kausalzusammenhangs durch den Begriff der „Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung", worunter zu verstehen war, daß die Vermögensverschiebung auf einem einheitlichen Vorgang beruhte, in dem Sinne, daß ein und derselbe Umstand unmittelbare Rechtsfolgen, sowohl für das Vermögen des Entreicherten als auch für das des Bereicherten gehabt haben mußte. Gleichgültig war, ob die Wertverschiebung direkt oder indirekt vor sich ging; nur durfte die Bereicherung nicht durch den Umweg über ein anderes Vermögen erlangt sein (s. S. 27 ff. dieser Arbeit).

Für das Verhältnis des § 816 zu § 812 scheint mir entscheidend, ob § 816 ebenfalls eine Vorschrift zum Ausgleich von Bereicherungen ist, die im Wege der „Unmittelbarkeit" erfolgt sind. Jung [97]) hat das bejaht und daraus gefolgert, daß § 816 nicht nur ein Unterfall des § 812 sei, sondern auch in Wirklichkeit von diesem mit umfaßt werde. Er geht davon aus, daß § 816 unbestritten einen Fall der Bereicherung „auf sonstige Weise" darstelle. Der Grund der Vermögensverschiebung für diese Tatbestände sei in den Vorschriften über die Zustandsrechte zu suchen, die zunächst die Ruhelage der Genußgüter zu schützen bestimmt seien, ausnahmsweise die Bewegung eines feststellbaren Einzelwertes aus einem Vermögen in ein anderes dann aber herbeiführten, wenn die wünschenswerte Einheitlichkeit der Rechtslage zu einer Rechtsverschiebung infolge der überragenden Stellung eines stärkeren Zustandsrechtes über ein schwächeres dränge. Dieses sei z. B. der Fall bei zusammengesetzten Sachen durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946—952 BGB). Dem Sicheinverleiben fremder Werte in diesen Fällen stehe systematisch der Verbrauch einer fremden Forderung, wie auch das wirksame Verfügen eines Nichtberechtigten über fremde Werte gleich. Die Verfügung

[96]) Planck zu § 816, S. 1652.
[97]) Jung in Reichsgerichtsfestschrift Bd. 3, II, S. 154.

stelle somit den eigentlichen Bereicherungsvorgang dar und begründe selbst die Bereicherung des Verfügenden. In der Verfügung sei ein wirtschaftliches Konsumieren des Verfügungsgegenstandes zu erblicken [98]), so daß das, was der Verfügende infolge seiner Verfügung von dem Erwerber erlangt habe, nicht mehr das „auf Kosten" des Berechtigten Erlangte, sondern das durch den Konsum an dessen Stelle getretene Surrogat sei. Durch das Vorschieben des Gedankens der wirtschaftlichen Konsumtion kommt Jung zur Anwendung des § 816 selbst dann, wenn im Rechtssinne von einer „wirksamen Verfügung" nicht mehr gesprochen werden kann, sondern nur eine Art „tatsächlicher Wirksamkeit" vorliegt, z. B. bei nichtwirksamer Verfügung eines Nichtberechtigten an einen Erwerber, der nicht mehr feststellbar ist.

Wie die folgenden Ausführungen zeigen sollen, kann man der Jung'schen Hypothese aber nicht beitreten. Bei Behandlung des § 812 wurde dargetan, daß sich die herrschende Lehre [99]) zur Begründung der Tatbestandsvoraussetzung der „Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung" gerade auf § 816 Abs. 1, S. 2 berufen hat, da diese Bestimmung eine Ausnahme dieses Tatbestandserfordernisses des § 812 sei. Nach § 816 Abs. 1, S. 2 ebenso wie auch nach § 822 solle ja gerade der „mittelbar" Bereicherte haften. Die Begründung für diese Auffassung liegt darin, daß wegen des abgeschlossenen obligatorischen Vertrages zwischen dem nichtberechtigt Verfügenden und dem Erwerber, der erstere als der eigentlich Zuwendende angesehen werden müsse [100]), so daß der Erwerber die Bereicherung, da er diese auf Grund eines Anspruchs gegen den Verfügenden erlangt habe, auch nur durch den Umweg über ein drittes Vermögen bereichert sein könne. Der Umstand, der die Bereicherung bewirkt und der nach dem eben Gesagten in dem zwischen Verfügendem und Erwerber abgeschlossenen Rechtsgeschäft liegt, ist also ein anderer, als derjenige, der den Vermögensverlust herbeiführt. Der Dritterwerber hat Eigentum zwar rechtswirksam erlangt. Diese Tatsache macht ihn aber noch nicht ohne weiteres zum Bereicherten. Die Bereicherung ergibt sich vielmehr ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen, die den Eigentumserwerb eines Gutgläubigen von einem Nichteigentümer sanktionieren, erst daraus, daß der Erwerber auf Grund des obligatorischen Rechtsgeschäftes zur Leistung eines Entgeltes nicht verpflichtet ist. Da sich sein Vermögen ohne Hingabe eines Gegenwertes vergrößert hat, hat er das Erlangte, wenn auch nur mittelbar, doch „auf Kosten" des Berechtigten erlangt; er ist diesem gegenüber bereichert [101]).

[98]) Jung, Bereicherungsanspruch S. 45—48; Reichsgerichtsfestschrift Bd. 3, II, S. 154, S. 158; s. a. dazu v. Mayr, Bereicherungsanspruch, S. 322, S. 598.

[99]) S. oben Seite 27 der Arbeit, Anm. 57 und 58.

[100]) Enneccerus-Lehmann II, § 219, 2c S. 687.

[101]) S. auch Protokolle III, S. 82. In der zweiten Lesung noch:

Der Fall der entgeltlichen wirksamen Verfügung des Nichtberechtigten liegt, was die Frage des Erlangens „auf Kosten eines Anderen wenigstens angeht, genau so. Der Verlusttatbestand, bestehend in der wirksamen Eigentumsübertragung ist derselbe, wie im Falle der unentgeltlichen Verfügung; ebenso der Gewinntatbestand. Dieser ist auch hier in dem obligatorischen Rechtsgeschäft zu erblicken. Er weist nur deshalb auf den Nichtberechtigten als den Bereicherten hin, weil auf Grund des Kausalgeschäftes demselben das vereinbarte Aequivalent zugeführt wird. Infolgedessen kann man von einer Identität des Umstandes in dem Sinne, daß ein und derselbe einerseits für den Vermögensverlust des Entreicherten und andererseits für den Gewinn des Bereicherten kausal ist, nicht sprechen.

Gegen die Jung'sche Ansicht ist ihre Inkonsequenz anzuführen, obwohl sie dadurch bestechend wirkt, daß sie wirtschaftliche Gesichtspunkte stark in den Vordergrund drängt. Denn, wenn Jung schon einmal die Bereicherung in dem einheitlichen Verfügungsvorgang — in dem darin liegenden wirtschaftlichen Konsumieren — sieht, dann müßte er den § 816 Abs. 1, S. 2 auch als sinnlos und überflüssig bezeichnen, weil die Bereicherung nach seiner Ansicht ja schon in dem Moment der wirksamen Verfügungstätigkeit des Nichtberechtigten eingetreten ist [102]). Bei unentgeltlichen Verfügungen müßte die Bereicherung nach ihm in dem ideellen Gegenwert für den Verfügenden liegen. Eine solche Bereicherung ist aber nicht erfaßbar. Sie ist überhaupt gar keine Bereicherung. Mit dieser Erkenntnis muß der Gedanke, die Bereicherung in der wirtschaftlichen Konsumtion zu sehen, wegfallen. Die Bereicherung besteht eben entweder in dem Sichzuführen eines fremden Vermögenswertes ohne Hingabe eines Gegenwertes aus eigenem Vermögen oder in dem Erwerb des Entgeltes. Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, zeigt das abgeschlossene Rechtsgeschäft zwischen dem Verfügenden und dem Erwerber. Die Unmöglichkeit, die Bereicherung als unmittelbare Folge des den Vermögensverlust bewirkenden Umstandes anzusehen, hebt § 816 aus dem Anwendungsgebiet des § 812 heraus. Führt dieser zu einem Ausgleich in Fällen „unmittelbarer" Vermögensverschiebung, so jener in den Fällen, in denen ein anderer „mittelbar" auf Kosten eines anderen bereichert ist.

V. Seinem Wortlaut nach: „Trifft ein Nichtberechtigter eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam i s t", scheint § 816 nun in den Fällen nur Anwendung finden zu können, in denen der Vermögensverlust des Berechtigten eine unmittelbare Folge des

---

„erlangte Bereicherung". Der heute an die Stelle getretene Ausdruck „Vorteil" bedeutet nicht eine sachliche Aenderung, sondern ist nur gewählt worden, um auch die Pfandbestellung zu treffen.

[102]) So auch Römer a. a. O. S. 352 Anm. 78.

[103]) v. Mayr, a. a. O. S. 316; Rieß a. a. O. S. 23; Haymann, a. a. O., S. 275 ff.

Eingriffs des Nichtberechtigten ist[103]). Man darf an dem Wortlaut aber nicht kleben. Denn dieser ist als alleiniges Interpretationsmittel nicht zu verwerten, um so weniger, wenn sowohl die Interessenlage wie der Sinn einer Vorschrift dagegen sprechen. Nichts wird dann gefährlicher als die Festlegung auf einen letzten Endes nur grammatikalen Begriff. Für die Fälle nachträglicher Wirksamkeit der Verfügung durch Genehmigung des Berechtigten ist die Anklammerung an den Wortlaut dazu um so weniger gerechtfertigt, als nach § 184 BGB. die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes zurückwirkt, die Verfügung des Nichtberechtigten dem Berechtigten gegenüber daher rechtlich im Zeitpunkt der Verfügungsvornahme schon „wirksam" i s t. Gegen eine Anklammerung spricht vor allem aber die Interessenlage. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte vertritt die herrschende Lehre[104]) daher die Auffassung, daß § 816 auch in den Fällen anwendbar sei, in denen der Rechtsverlust zwar auf einem Eingriff des Nichtberechtigten beruht, aber doch erst durch andere Ereignisse als durch die Verfügung selber herbeigeführt wird. Es soll kurz auf diese Tatbestände eingegangen werden, obwohl sie im Rahmen dieser Arbeit nur soweit interessieren, als festzustellen ist, daß auch bei ihnen das „Erlangte" nur „mittelbar" auf Kosten des Berechtigten den Verfügenden bezw. den unentgeltlichen Erwerber „ohne rechtlichen Grund" bereichert hat.

In Frage kommen die Fälle nachträglicher Wirksamkeit einer Verfügung durch Ersitzung, durch Sachuntergang und durch Genehmigung. Die Gründe für und wider die Einbeziehung dieser Tatbestände im Wege der Analogie in das Anwendungsgebiet des § 816 sind neuerdings von Dölle[105]) und Schwarz[106]), auf die ich diesbezüglich ausdrücklich verweise, eingehend untersucht und kritisch gewürdigt worden. Im Endergebnis stimmen sie mit der Anschauung der herrschenden Lehre überein. Ein näheres Eingehen auf die manchmal vielleicht zweifelhaften Begründungen erscheint mit Rücksicht auf das Thema der vorliegenden Arbeit nicht gerechtfertigt, so daß auch darüber nur kurz berichtet werden soll. In den Fällen der Ersitzung und des Sachunterganges weist Schwarz in ihrer Begründung darauf hin, daß für den Rechtsverlust des Eigentümers zwar die Verfügung nicht kausal gewesen sei. Das sei in den Fällen ursprünglicher Wirksamkeit aber genau ebenso, denn auch da beruhe der Rechtsverlust im Grunde ebenfalls auf einer außerhalb der Verfügung liegenden gesetzlichen Vorschrift. Schließlich wollten die Vorschriften über Ersitzung ebenso wie die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens nur einen Rechtszustand endgültig regeln und Ansprüche zwischen dem Berechtigten und dem Erwerber ausschliessen. Wie in den Fällen ursprünglicher Wirksamkeit der Verfügung habe der

---

[104]) Staudinger, § 816 IIa S. 1703; Planck § 816, 3 S. 1653; Oertmann, § 816, 1a, S. 1343 mit eingehenden Literaturangaben.

[105]) Dölle in Reichsgerichtsfestschrift Bd. 3, II S. 29 ff.

[106]) Schwarz a. a. O. S. 26 ff.

Verfügende infolge seines Eingriffs einen Entgelt erhalten, dessen Erwerb ohne den Eingriff ihm nicht möglich gewesen wäre, so daß das Interesse des Berechtigten durchaus das gleiche sei. Auch hindere die Tatsache, daß in den Fällen des Sachuntergangs durch Verbrauch beim Erwerber gegen diesen meistens ein Anspruch aus § 812 gegeben sei, die Anwendung des § 816 keineswegs, denn berechtigte Interessen würden nicht verletzt, da der Berechtigte seine Ansprüche gegen den Erwerber aus § 812 und gegen den Verfügenden aus § 816 naturgemäß nur wahlweise geltend machen könne. Diese Möglichkeit müsse dem Berechtigten in seinem Interesse aber offen stehen. Sei der Sachuntergang beim Erwerber auf Zufall oder durch unverschuldete oder verschuldete Beschädigungen herbeigeführt, könne man die Anwendungsmöglichkeit des § 816 auch nicht mit dem Hinweis darauf verneinen, daß mit Rücksicht auf § 440 Abs. 2 BGB. eine Bereicherung überhaupt nicht vorliege. Denn § 440 Abs. 2 BGB. diene dem Käufer nur zum Ausgleich derjenigen Schadensersatzansprüche, die ihm daraus entstanden seien, daß ihn gerade in seiner Eigenschaft als Nichteigentümer weitere Schäden träfen, als eben der des Unterganges. Der Nichtberechtigte könne deshalb dem Berechtigten gegenüber nicht einwenden, er sei nicht bereichert, da gegen ihn § 440 Abs. 2 BGB. durchgreife. Auch in den Fällen des Sachunterganges habe der Nichtberechtigte durch seinen Eingriff, der erst den späteren Rechtsverlust möglich mache, etwas „auf Kosten" des Berechtigten erlangt, das er diesem herauszugeben verpflichtet sei.

Die Fälle nachträglicher Wirksamkeit durch Ersitzung und Sachuntergang haben mit den Fällen ursprünglicher Wirksamkeit nun das gemein, daß der Rechtsverlust unabhängig vom Willen des Berechtigten eintritt. Anders ist das bei nachträglicher Wirksamkeit durch Genehmigung des Berechtigten. Hier vollzieht sich die Vermögensverschiebung abhängig vom Willen des Berechtigten. Davon ausgehend hat Haymann [107]) angenommen, daß der Nichtberechtigte im Falle der Genehmigung zum Berechtigten werde, und aus diesem Grunde die Anwendung des § 816 für diese Fälle ausgeschaltet sei, da für die Herausgabeverpflichtung allein das der Genehmigung zugrundeliegende Kausalgeschäft maßgebend sein müsse. Richtig ist das für die Fälle, in denen der Genehmigung tatsächlich ein obligatorisches Rechtsgeschäft zugrunde liegt [108]). Dasselbe ist dann unter Ausschaltung des § 816 allerdings dafür entscheidend, wann und in welchem Umfange von dem „Nichtberechtigten" — der auf Grund des obligatorischen Rechtsgeschäftes im Verhältnis zum Genehmigenden ja eigentlich kein „Nichtberechtigter" mehr ist — etwas herauszugeben ist. Unrichtig ist aber, daß die Einwilligung oder die Genehmigung immer ohne weiteres ein kausales Rechtsgeschäft in sich

---

[107]) Haymann, a. a. O., S. 281 ff.; v. Mayr, a. a. O. S. 278 ff.
[108]) Dölle, a. a. O., S. 32; Schwarz, a. a. O. S. 35; vgl. hierzu die Ausführungen S. 52 vorliegender Arbeit.

schließt. Durchweg ist sich die herrschende Lehre[109]) darin einig, daß Einwilligung und Genehmigung abstrakte Rechtsgeschäfte sind. Fälle der Einwilligung zu einer Verfügung sind zwar ohne ein Kausalverhältnis kaum denkbar, da der Einwilligende meist einen Grund für dieselbe haben wird. In der Regel wird daher die Annahme eines Auftrages in den Fällen, wo ausdrücklich nichts erwähnt ist begründet sein. Anders bei der Genehmigung. Hier wird die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Rechtsverhältnisses, von Ausnahmefällen abgesehen, abgelehnt werden müssen, da zur Begründung eines solchen eine einseitige Erklärung nicht ausreichend ist[110]). Man findet die Ansicht vertreten, daß durch die Genehmigung ohne weiteres ein Verhältnis nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, und damit ein Anspruch des Berechtigten auf Rückgabe des durch die Verfügung Erlangten geschaffen werde. Dadurch würde dem Anspruch aus § 816 aber die notwendige Unterlage entzogen, weil abgesehen davon, daß aus dem Nichtberechtigten ein Berechtigter werde[111]), derselbe infolge der Geschäftsführungsansprüche aber auch gar nicht mehr bereichert sei. Auf diese Behauptungen hin ist gerade von Schwarz[112]) die Frage der Wirksamkeit einer Verfügung durch Genehmigung und der Einfluß derselben auf die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Verfügenden geprüft worden. Sie kommt zu dem m. E. billigenswerten Ergebnis, daß durch die Genehmigung die Verfügung des Nichtberechtigten zwar wirksam wird, daß durch die Genehmigung ein Geschäftsführungsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem gutgläubigen Verfügenden aber gerade deshalb nicht entstehen kann, weil die Voraussetzung dafür, nämlich der Wille des Verfügenden ein fremdes Geschäft zu führen, nicht gegeben ist. Der § 687 Abs. 1 BGB. spricht ausdrücklich aus, daß ein gutgläubiger Geschäftsführer nicht nach den Vorschriften der §§ 677 bis 688 BGB. haften soll. Da die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung an deren Stelle Anwendung finden, ist der Vorwurf, den Haymann der Genehmigungstheorie macht und der dahin geht, daß durch dieselbe der gutgläubige Verfügende im Erfolg dem bösgläubigen gleichgestellt werde ungerechtfertigt, denn der gutgläubige Verfügende haftet eben nur solange, als er noch bereichert ist, während der bösgläubige Geschäftsführer auch darüber hinaus in Anspruch genommen werden kann.

Unter Umständen könnte auch der Genehmigende als Geschäftsführer des Verfügenden angesehen werden, von dem er Ersatz der

---

[109]) Planck I, § 183, S. 487; Staudinger I, § 183, 2 S. 746; Oertmann I, § 183, 2 d, S. 675; § 182 Ziff. 5 S. 673 mit weiteren Literaturangaben.

[110]) Dölle, a. a. O., S. 33.

[111]) Galinsky, a. a. O. S. 25; v. Mayr, a. a. O. S. 278; entgegengesetzt RG. 115 35; Heck, Grundriß § 142, Ziff. 9, S. 427, der der Genehmigung rein dingliche Wirkung zuschreibt.

[112]) Schwarz a. a. O., S. 33 ff.

Aufwendungen — nämlich Verlust seines Eigentums durch die Genehmigung — verlangen könnte. Diese Regelung würde indes den Interessen des Berechtigten nur wenig dienlich sein, da sie erstens nur dann möglich wäre, wenn die Möglichkeit einer Vindikation noch tatsächlich bestände, der Berechtigte somit ein Wahlrecht zwischen dieser und der Genehmigung hätte, zweitens aber auch den Berechtigten zwingen würde, seinen Geschäftsführungswillen nachzuweisen. Dadurch, daß die Genehmigung in den meisten Fällen aber gegeben wird, um den Erlös von dem Nichtberechtigten herauszuverlangen, also eignen Interessen dient, dürften Komplikationen [113]) nicht ausbleiben, die den Interessen des Berechtigten widersprechen würden.

Nach dem Gesagten ist die Annahme der Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Berechtigten und dem Nichtberechtigten keineswegs immer gerechtfertigt. In den Fällen, in denen durch die Genehmigung zwischen den Parteien obligatorische Rechtsbeziehungen nicht geschaffen worden sind, hat die erteilte Genehmigung nur die Wirkung, daß sie den Nichtberechtigten dem Erwerber gegenüber nach außen hin zur Verfügungsvornahme rechtlich legitimiert. Der Erwerb verlorener, gestohlener oder abhanden gekommener Gegenstände von einem Nichtberechtigten z. B., ist mangels anderer Erwerbsmöglichkeit — der Vorschriften über den Schutz des Glaubens — nur auf Grund dieser Legitimation möglich. Der Einfluß der Genehmigung auf die Stellung des Nichtberechtigten nach außen hin, hat im Innenverhältnis zum Berechtigten keine andere Wirkung, als daß die Genehmigung die Bereicherung des Nichtberechtigten, bezw. des Dritten bei unentgeltlicher Verfügung, zu einer endgültigen macht, ohne daß dadurch der Nichtberechtigte zum Berechtigten wird. Einer Anwendung des § 816 aus diesem Gesichtspunkt stehen Hindernisse daher nicht im Wege.

Die Tatsache der erteilten Genehmigung durch den Berechtigten hindert ebenfalls daran nichts, daß der Nichtberechtigte den Erwerb „auf Kosten" des Berechtigten gemacht hat. Denn der Erwerb ist eine Folgerung des Eingriffs in die Vermögenssphäre des Berechtigten, den der Nichtberechtigte ohne den Eingriff nicht bekommen hätte. Den Einwand, daß in den Fällen nachträglicher Wirksamkeit der Verfügung durch Genehmigung der Vermögensverlust nicht mehr Folge der Verfügung des Nichtberechtigten sei, ist m. E. irreführend und nicht stichhaltig. Die Genehmigung kann aus dem Gesichtspunkt des Kausalzusammenhanges, der für diese Frage allein entscheidend ist, vielmehr nicht anders gewertet werden, als die gesetzlichen Bestimmungen, die in den Fällen ursprünglicher Wirksamkeit den Rechtsverlust des Eigentümers herbeigeführt haben. Ebenso wie diese ist die Genehmigung nur ein Umstand, der losgelöst von der Verfügung die Entreicherung des Berechtigten und die Bereicherung des Nichtberechtigten verursacht hat, so daß auch in den Fällen nach-

[113]) Schwarz, a. a. O. S. 37.

träglicher Wirksamkeit der Verfügung durch Genehmigung die Rechtslage so ist, daß der Nichtberechtigte „auf Kosten des Berechtigten etwas erlangt hat“ und zwar „ohne rechtlichen Grund“.

Insbesondere unter Hinweis auf § 816 Abs. 1, S. 2 glaubt Haymann [114]) die Anwendung des § 816 für die Fälle nachträglicher Wirksamkeit durch Genehmigung im Gesamtergebnis als unbefriedigend ansehen zu müssen, da es bei einer unentgeltlichen rechtswidrigen Verfügung doch sinnlos wäre, „wenn das Gesetz dem Berechtigten gestattete, die unentgeltliche Verfügung gegenüber dem Verfüger oder dem Bedachten zu genehmigen, damit diesem den Gegenwert zu verschaffen und sofort von diesem Zurückübertragung eben dieses Gegenstandes bezw. Rechtes nach Bereicherungsgrundsätzen zu gewähren“. Diese Ausführungen sprechen deshalb nicht gegen das Einbeziehen der Fälle nachträglicher Wirksamkeit durch Genehmigung unter den § 816 Abs. 1, S. 1, weil bei § 816 Abs. 1, S. 2 der Berechtigte ja noch die rei vindicatio hat, eine Genehmigung daher auch gar nicht erforderlich ist [115]).

Die Beschränkung des § 816 auf die Fälle ursprünglicher Wirksamkeit, für die allenfalls der Begriff der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung noch angenommen werden könnte, entspricht nach den gemachten Ausführungen weder den praktischen Bedürfnissen, noch dem Inhalt dieser Bestimmungen. Gerade daß auch die Fälle nachträglicher Wirksamkeit mit unter § 816 fallen, zeigt, daß § 816 nicht dem Ausgleich unmittelbarer, sondern dem mittelbarer Vermögensverschiebungen auf Grund widerrechtlicher Eingriffe von Nichtberechtigten dient.

VI. § 816 bestimmt, daß der Nichtberechtigte zur Herausgabe „der durch die Verfügung Erlangten“ verpflichtet ist. Was man darunter zu verstehen hat, ist nicht unbestritten. Die überwiegende Gruppe, es ist das Reichsgericht [116]) und die herrschende Lehre, haben sich mit kleinen Unterschieden dahingehend ausgesprochen, daß der Nichtberechtigte das Erlangte in ganzer Höhe an den Berechtigten herausgeben muß, und „kein Recht darauf hat, dasjenige, was er durch die unberechtigte Verfügung etwa nach besonders obwaltenden Verhältnissen über den Wert, den der Gegenstand für den Berechtigten hat, hinaus erlangt hat, für sich zu behalten“ [118]). Die andere Gruppe [119]) hat diesen Standpunkt für unbillig gehalten und

---

[114]) Haymann, a. a. O. S. 282.

[115]) Dölle, a. a. O. S. 31.

[116]) RG. 76 212; 88 355 f.; RG. JW. 1910 Nr. 25, S. 810; Seuff. Arch., Bd. 66, Nr. 68, S. 133 f.; RGR. Kom., § 816, 2, S. 517.

[117]) Planck, § 816 IV, S. 1659; Oertmann, § 816, 1 S. 1434; Staudinger, § 816, 3 S. 1707.

[118]) RG. 88/359 f.

[119]) Jung, RG. Festschrift Bd. 3, II S. 156; Römer, Arch.civ.Prax. Bd. 119 S. 351 f.; Kluckhohn, Arch. bürg. Recht., Bd. 41, S. 171 f.

geglaubt, den vom Gesetz formulierten Begriff einschränkend auslegen zu müssen.

Die Frage nach dem Bereicherungsgegenstand ist für § 812 nicht schwer zu beantworten. „Wer etwas erlangt hat. . . . ist zur Herausgabe verpflichtet". Hieraus ergibt sich, daß die konkrete Sache den Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bildet. Aenderungen treten gemäß § 818 nur ein, wenn die konkrete Sache nicht mehr im Vermögen des Bereicherten vorhanden ist. Grundsätzlich findet also für das Gebiet der Bereicherungsansprüche das Prinzip der Naturalrestitution unbestritten Anwendung. Das entspricht auch am meisten der Billigkeit, da der Berechtigte regelmäßig gerade Interesse an dem ihm entzogenen Gegenstand haben wird.

Diesen Grundsatz auch für das Gebiet des § 816 anzuwenden steht m. E. kein Hinderungsgrund im Wege. Hier, wie dort, geht der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten und zwar des Erlangten, was durch den Bereicherungsvorgang selbst in das Vermögen des Bereicherten gekommen ist. Nur das, aber auch alles das, hat der Bereicherte „auf Kosten" eines anderen erlangt. Ist etwas durch einen anderen Vorgang mit Mitteln des Erlangten erworben, so braucht das nicht herausgegeben zu werden. Bei § 816 hängt die Bereicherung des Nichtberechtigten, wie gezeigt wurde, von der Entgeltlichkeit des zwischen ihm und dem Erwerber abgeschlossenen Rechtsgeschäftes ab. Das Wesen eines entgeltlichen Rechtsgeschäftes besteht nun darin, daß „sich beiderseits Leistungen gegenüberstehen, die nach dem Willen der Parteien gegeneinander ausgetauscht werden sollen, und zwar dergestalt, daß das, was jeder Teil durch die Leistung des Anderen erlangt, an die Stelle des durch seine eigene Leistung dem Anderen Gewährte tritt" [120]). Die Leistung seitens des Nichtberechtigten bedeutet für den Berechtigten zweifellos den Verlust. Dieser Verlust ist gleich demjenigen, den der Entreicherte im Falle des § 812 erleidet. Er wird nicht nur durch den objektiven Wert dargestellt, sondern kann darüber hinaus sowohl bei § 812 als auch bei § 816 den Verlust von Gewinnen, die neben dem regelmäßigen Geschäftswert liegen, bedeuten. Ist der Verlust in beiden Tatbeständen gleich, so ist der Vermögensvorteil, also das was „auf Kosten" des Entreicherten erlangt ist, aber verschieden. Im Falle der Herausgabeverpflichtung nach § 812 kommt ein Wertersatz nur dann in Frage, wenn Naturalrestitution nicht mehr möglich ist. Dieser Umstand tritt ein, wenn entweder der Gegenstand untergegangen ist, oder wenn der Bereicherte als Berechtigter über den Gegenstand verfügt hat. Im ersteren Falle hat der Bereicherte einen Gewinn überhaupt nicht gemacht; er hat nur den objektiven Sachwert „auf Kosten" des Entreicherten erlangt. Im zweiten Falle mag er einen Gewinn über den objektiven Sachwert hinaus erzielt haben. Diesen Erlös hat er dann zwar auf Kosten, aber nicht ohne rechtlichen Grund dem Be-

[120]) RG. 127/25.

rechtigten gegenüber erlangt, denn dieser Gewinn ist nur mit Mitteln des Erlangten erzielt und ist auf Grund des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts mit dem Dritten im Verhältnis zum Entreicherten mit rechtlichem Grund in das Vermögen des berechtigt Verfügenden gekommen.

Anders bei § 816. Hier handelt es sich nicht um die Herausgabe eines Wertersatzes einer erlangten Bereicherung infolge eingetretener Unmöglichkeit — also um die Herausgabe eines Surrogates — sondern um die Herausgabe der erlangten Bereicherung selber. Der Verlust für den Berechtigten, der in dem Entzug des objektiven Wertes des Verfügungsgegenstandes, einschließlich der in demselben enthaltenen Gewinnchance liegt, ist durch das abgeschlossene Rechtsgeschäft mit dem Dritterwerber realisiert worden. Dieser realisierte Gegenwert hat das Vermögen des Bereicherten auf Kosten des Berechtigten vergrößert. Er stellt in seinem ganzen Umfange das „durch die Verfügung Erlangte" dar. Im Gegensatz zu § 812 ist der in dem Gegenwert enthaltene Gewinn nicht mit Mitteln des Erlangen erlöst. Wie dem Teil des erzielten Erlöses, der dem objektiven Sachwert entspricht, die Grundlage des „rechtlichen Behaltendürfens" trotz des „rechtlichen Erlangthabens" fehlt, so fehlt dieselbe Grundlage bei § 816 auch dem Teil, der darüber hinaus als Gewinn anzusehen ist. Wenn der durch die Verfügung des Nichtberechtigten Bereicherte demnach das ganze durch die Verfügung Erlangte deshalb herausgeben muß, weil er dem Berechtigten gegenüber dasselbe „auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund" erlangt hat, so darf man im Ergebnis darin allerdings denjenigen [121]) zustimmen, die die Herausgabe eines Sondergewinnes, der auf besonderer Geschicklichkeit und Tüchtigkeit beruht, ablehnen. Denn ein solcher, den der Berechtigte selbst nie gemacht hätte, ist in der Tat nicht „auf dessen Kosten" erworben. Da solche Fälle praktisch nur selten vorkommen dürften, kann man aber grundsätzlich sagen, daß der Bereicherungsgegenstand bei § 816 in dem von dem Dritten erlangten Gegenwert liegt.

VII. Allgemein wird der Umfang der Herausgabeverpflichtung in den Fällen, in denen jemand ohne rechtlichen Grund auf Kosten eines Anderen etwas erlangt hat, durch § 818 bestimmt. Es ist unbestritten, daß § 818 auf § 816 Anwendung findet [122]). Die Maximalgrenze der Haftung wird auch für ihn also durch § 818 Abs. 3 geregelt. Ist der Gegenstand, den der Nichtberechtigte aus dem der Verfügung zugrundeliegenden Kausalgeschäft erhalten hat, nicht mehr in seinem Vermögen vorhanden, so begründet dieser Wegfall nicht ohne weiteres eine Minderung oder gänzliche Aufhebung seiner Ersatzpflicht. Diese wird dem Bereicherten nur dann zugestanden, wenn der Vermögensminderung keine Vermögensmehrung durch Er-

[121]) Heck, Grundriß S. 426; Jung, RG. Festschr. Bd. 3 II S. 156; Römer, Arch.civ.Prax., Bd. 119, S. 351 f.; Kluckhohn, Arch.bürg.Recht, Bd. 41, S. 171 f.; Staudinger, § 816, 3 S. 1707.

[122]) Planck, § 816, IV, S. 1659; Staudinger, § 816, 3 S. 1707; Oertmann, § 816 2, S. 1346.

sparnis anderer Ausgaben, die auch ohne die Bereicherung gemacht worden wären, gegenübersteht. Die Einwendung der nicht mehr bestehenden Bereicherung kann auch dann gemacht werden, wenn das Erlangte sich zwar noch in dem Vermögen des Bereicherten befindet, dieser aber Aufwendungen gemacht hat, die unmittelbar mit der Bereicherung zusammenhängen. So begründen notwendige oder nützliche Verwendungen auf den Gegenstand, gleichgültig, ob sie dessen Wert erhöht haben oder nicht, ein Abzugsrecht, da derartige Vermögensminderungen in unmittelbarem Kausalzusammenhang mit dem Erwerb stehen.

Besonders interessiert noch, ob der Bereicherte auch das in Abzug bringen darf, was er zum Erwerb des Bereicherungsgegenstandes als Entgelt aufgebracht hat. Für den Tatbestand des § 816 wird diese Frage dann besonders akut, wenn ein Nichtberechtigter in Anspruch genommen wird, der seinerseits von einem Nichtberechtigten erworben und für den Gegenstand, über den er zugunsten des endgültigen Dritterwerbers verfügte, etwas bezahlt hat. Es ist davon auszugehen, daß der Bereicherungsbegriff ein wirtschaftlicher ist, der sich aus der Abwägung von Vor- und Nachteil aus dem Empfang ergibt. Die Bereicherung besteht in dem Ueberschuß der Aktivposten über die Passivposten, d. h. in dem Saldo [123]), der nach Abzug der Aufwendungen von der erhaltenen Leistung übrig bleibt. In Anrechnung gebracht werden können alle die Aufwendungen, die gemacht worden sind, um gerade diese Leistung zu erlangen, die also zu der Leistung in einem ursächlichen Zusammenhang stehen.

Der ursächliche Zusammenhang zwischen Leistung an den Verkäufer und Erhalt der Bereicherung durch Uebereignung des Erlöses von dem Dritterwerber ist in den angezogenen Fällen nicht gegeben. Der Verfügende hat an seinen Verkäufer geleistet, um den Verfügungsgegenstand zu erhalten. Die Aufopferung steht also in ursächlichem Zusammenhang zu der beabsichtigten Vermögensmehrung auf Kosten des Verkäufers. Erst eine neue Aufopferung des Verfügenden zu Gunsten des Dritterwerbers würde für die Bereicherung, die ja aus dem Vermögen des Dritten stammt, kausal gewesen sein. Mangels wirksamen Erwerbes des Nichtberechtigten war diese Aufopferung aber unmöglich. Auf den Aktivposten der Bereicherung, kann der Passivposten der Aufopferung an den vorhergehenden Nichtberechtigten deshalb nicht angerechnet werden, weil die Kausalreihen für Bereicherung und Aufwendung verschieden sind. Das Abzugsrecht entfällt [124]). Zugestehen wird man es nur in den Fällen, in denen die Leistung in ursächlichem Zusammenhang zum Erlangen der Gegenleistung steht, d. h. insbesondere auch dann, wenn von dem Nichtberechtigten zwecks Erwerb des Verfügungsgegenstandes bereits

[123]) Staudinger, § 818, 5, S. 1725 mit Literatur; s. a. Rechtsprechg. des Reichsgerichts, das der sogenannten Zweikondiktionentheorie die Saldotheorie vorgezogen hat. RGR. Kom. § 818, S. 530.

[124]) RG. Seuff.Arch. 66, Nr. 132; Hamburger GZ. Bd. 22, S. 130.

an den Eigentümer geleistet worden ist[125]). Durch die in der Entziehung des Abzugsrechts liegende Veränderung des Umfangs der Herausgabeverpflichtung, die eine Folge der mittelbaren Bereicherung ist, wird das für alle Bereicherungsansprüche geltende Prinzip, daß der Bereicherte durch den Ausgleich der Vermögensverschiebung ebensowenig einen Vorteil, als einen Nachteil haben soll, nicht verlassen, denn der Herausgabeverpflichtete kann sich für den ihm entstehenden Schaden in analoger Anwendung des § 440 Abs. 2 BGB. an seinen Verkäufer halten[126]).

Nach Prüfung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen kann als Ergebnis folgendes gesagt werden. Das leitende Prinzip des § 816 besteht darin, daß derjenige, der auf Grund eines unberechtigten Eingriffs einen Vermögensverlust erlitten hat, gegen denjenigen, der durch den Eingriff einen Gewinn gemacht hat, einen Herausgabeanspruch haben soll. Dieser Gedankengang prägt sich besonders stark bei § 816 Abs. 1, S. 2 aus. Vor den Interessen des Berechtigten müssen selbst diejenigen eines gutgläubigen unentgeltlichen Erwerbers zurücktreten, obwohl dessen Bereicherung einer forderungsrechtlichen Unterlage nicht entbehrt. Abgesehen von der Ausnahmeregelung des Abs. 1, S. 2 in dieser Hinsicht dient § 816 ebenso wie § 812 allgemein der Regulierung eines objektiven Mißverhältnisses zwischen rechtlichem Erlangthaben und rechtlichem Behaltendürfen. Tatbestandsvoraussetzung sowohl des § 812 als auch des § 816 ist der Mangel eines obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen Be- und Entreicherten, welches die Vermögensverschiebung materiell rechtfertigen könnte. Liegt ein solches vor, muß die Anwendungsmöglichkeit der einen wie der anderen Vorschrift ausscheiden.

Gegenüber dieser Gleichheit der Tatbestandsmerkmale besteht der Unterschied des § 816 zu § 812 darin, daß eine Bereicherung auch dann als ungerechtfertigt zurückgefordert werden kann, wenn eine unmittelbare Vermögensverschiebung im Sinne des § 812 nicht mehr vorliegt. Ihre Grenze findet diese Haftungserweiterung, die bezgl. des Bereicherungsgegenstandes zwar durch den Text des § 812 mitumfaßt wird[127]), in dem zu erfordernden Kausalzusammenhang zwischen Eingriff und Eingriffsfolge. Sie hält sich daher auch im Rahmen dessen, was bei § 812 durch den Eingriff „auf Kosten" für die Geltendmachung eines Bereicherungsanspruchs normiert ist. Infolgedessen gehört § 816 systematisch zu § 812 und stellt im Verhältnis zu dieser Bestimmung nur einen „modifizierten Tatbestand" und keine „selbständige Anspruchsvoraussetzung" dar.

---

[125]) Ausführliche Erörterungen über das Abzugsrecht bei Planck, § 816 IV S. 1659; Staudinger, § 816, 3, S. 1707; RGR. Kom. § 818, 7 S. 528/529; Oertmann, § 816, 2 S. 1346 mit weiteren Literaturangaben auch über Gegenansichten.

[126]) RGR. Kom. § 818, 7, S. 529; RG. 106/45; Oertmann, § 816, 2, S. 1346.

[127]) Oertmann, § 816, 1, S. 1343.

§ 9.

Die Voraussetzungen des § 817 im Vergleich zu den Voraussetzungen des § 812 mit den daraus sich ergebenden Folgerungen bezüglich des Verhältnisses der genannten Tatbestände zueinander.

Die bisher geführten Untersuchungen lassen annehmen, daß das Gebiet der Bereicherungsfälle ein einheitlich gefügtes Reich mit zentraler Gewalt und nicht nur ein völkerrechtliches Band um eine Menge souveräner und innerlich gesonderter Einzelbestimmungen mit größerer oder geringerer Selbständigkeit bildet[128]). Diese Ansicht herrscht nicht nur für das Verhältnis des § 812 zu 816, sondern wird auch, was das Verhältnis des § 817 zu § 812 betrifft, überwiegend vertreten[129]). Das Reichsgericht und die Mehrheit der Wissenschaftler sind, sowohl was die Anwendungsweise als auch was die begriffliche und wörtliche Auslegung angeht, ziemlich einheitlich. Die bestehenden Differenzen erstrecken sich, soweit sie vorhanden, vorwiegend auf die Möglichkeit einer Ausdehnung des § 817 S. 2 auf § 812. In der Tat ist die Stellung des § 817 S. 2 eine überaus unglückliche. Wie man ihn richtig in das Kondiktionenrecht einzugliedern hat, ist zweifelsfrei noch nicht ergründet. Ihn lediglich als Ausnahme des Satz 1 zu behandeln ist meist abgelehnt worden, obwohl die Angliederung an Satz 1, rein äußerlich wenigstens gesehen, doch am besten damit begründet erscheint. Innerlich ist die Einschränkung des Geltungsbereiches des Satz 2 auf § 817 S. 1 aber auch dann voll gerechtfertigt, wenn es gelingt, den Satz 1 in einwandfreier Weise von § 812 abzugrenzen und ihn als selbständige Anspruchsbegründung aufzustellen. Diese allerdings entgegen der herrschenden Lehre vom Verfasser vertretene Annahme gestattet dann, den § 817 als ein selbständiges einheitliches Ganzes aufzufassen und den Satz 2 als Ausnahme zu der Regel des Satz 1 zu betrachten. Die daraus folgenden Konsequenzen sind um vieles erfreulicher und beseitigen selbst von der herrschenden Meinung zugegebene bisher nur durch die verschiedensten Konstruktionen vermiedene größere Unbilligkeiten[130]).

I. Für den Empfänger einer Leistung besteht eine Herausgabeverpflichtung, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt

---

[128]) Stammler in Festgabe für Fitting, S. 150.

[129]) S. die bei Heck, a. a. O., S. 2 angeführte ausführliche Literatur (Anm. 3 und 4 , die herrsch. Lehre, Anm. 5 d. Gegenansicht.

[130]) Ueber die diesbezügl. Versuche der Rechtsprechung siehe weiter unten, S. 65 f. der Arbeit.

war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat.

Dadurch, daß man den Empfang als Rechtsgeschäft ansah, hat man die §§ 134, 138 heranziehen zu müssen geglaubt. Man vertrat dabei die Auffassung, daß der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßende Empfang unmittelbar unter diese Vorschriften falle, so daß der § 817 eigentlich überflüssig sei [131]) Diejenigen, die den § 817 retten wollten, widersprachen der gefolgerten Bedeutungslosigkeit mit dem Einwand, die §§ 134, 138 erfaßten nur das kausale Rechtsgeschäft, ließen aber das abstrakte Erfüllungsgeschäft im allgemeinen unberührt. Infolge dieses herrschenden Grundsatzes [132]) könnte man sich bei oberflächlicher Betrachtung in der Tat dazu verleiten lassen, in § 817 eine Vorschrift zu sehen, die einen Ausgleich des durch die Gültigkeit des abstrakten Geschäftes herbeigeführten Erfolges ermöglicht, wenn das zugrunde liegende Kausalgeschäft nach den §§ 134, 138 nichtig ist. Bei genauer Betrachtung der praktischen Fälle des § 817 zeigt sich nämlich, daß, wenn die Voraussetzungen für seine Anwendung vorliegen, wenn also der Zweck einer Vermögensverschiebung und das Verhalten der an ihr interessierten Parteien unsittlich ist, auch die Voraussetzungen der §§ 134, 138 gegeben sein würden. Ist ein Geschäft auf Grund dieser Vorschriften aber nichtig, so würde, infolge Fehlens von relativen Beziehungen, § 812 zum Ausgleich der erfolgten Wertverschiebung dienen können. Wenn § 817 nicht überflüssig sein soll, und das ist bei der Gründlichkeit mit der das Bürgerliche Gesetzbuch zusammengestellt worden ist kaum anzunehmen, muß es daher Tatbestände geben, in denen der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten ohne Rücksicht auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des kausalen Rechtsgeschäfts einen Anspruch auf Herausgabe des Erlangten wünschenswert erscheinen läßt.

II. Nach der Formulierung des Tatbestandes des § 817 liegt der Grund der condictio in einem Verstoße des Empfängers gegen die guten Sitten. Dieser wird unabhängig von dem Gebaren des Gebers zur Rückforderungsvoraussetzung. Die zu lösende Aufgabe besteht also darin, festzustellen, was darunter zu verstehen ist, d. h. worin die Verwerflichkeit bestehen muß, um eine Herausgabeverpflichtung zu begründen, insbesondere zu erörtern, wie sich der gefundene Grund zum Grund der Herausgabeverpflichtung des § 812 verhält.

Die nächstliegende Möglichkeit, Voraussetzungen eines Tatbestandes mit rechtlichen Folgen zu analysieren, bietet die wörtliche Auslegung. Zunächst hat sich diese darauf zu beschränken, was unter dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot bezw. gegen die

---

[131]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II, S. 687.

[132]) s. Planck, I. Bd. Bearb. Flad, § 138 I, 3a, S. 363, Enneccerus I, 1 zu § 178, 3 Anm. 17, S. 481/482; Recht 1913 Nr. 1565; RG. V v. 23. April 1913, 4/13.

guten Sitten zu verstehen ist, und zwar unter Berücksichtigung des durch § 817 vorgeschriebenen Rahmens, der durch die Worte: „durch die Annahme“ in Verbindung mit der Zweckbestimmung sich ergibt.

a) Als Verbotsgesetze sind grundsätzlich alle die Vorschriften anzusehen, die ausdrücklich ein Verbot zu einem Tun oder einem Unterlassen zum Gegenstande haben. Ein Verbotsgesetz wird man aber auch dann als gegeben anerkennen müssen, wenn es sich sinngemäß aus der zur Anwendung kommenden Bestimmung ergibt. Wollte man sich mit den Paragraphen, die ein Verbot ausdrücklich enthalten, zufrieden geben, so würden Normen wie die §§ 134, 138, wo einfach von einem Verbotsgesetz die Rede ist, nur in sehr beschränktem Umfange zur Anwendung kommen. Aus diesem Grunde hat sich die Literatur mit dem Begriff des Verbotsgesetz näher befaßt und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß dieser Begriff bei jeder Vorschrift, in der von ihm die Rede ist, besonders untersucht werden muß, unter spezieller Würdigung des Zwecks und Inhalts der zu behandelnden Bestimmung. v. Mayr [133]) erklärt, daß es sich immer dann um ein Verbotsgesetz handele, wenn man es mit einer Mußvorschrift zu tun hat, d. h. mit einer Bestimmung, die ein „gewisses Vorgehen mit Nichtigkeit bedroht, für derart unwirksam oder nichtwirksam erklärt, daß es niemals wirksam werden kann, oder die von vornherein ausspricht, daß das Rechtsgeschäft nicht vorgenommen werden kann“. Sollvorschriften fallen nach v. Mayr, da sie nur mit schwächeren Wirkungen ausgestattet sind, nicht unter den Begriff des Verbotsgesetzes. Staudinger[134]) rechnet solche Rechtsgeschäfte dazu, deren Inhalt und nicht etwa deren Vornahme verboten ist. Er schließt diejenigen Geschäfte aus, die zur Umgehung des Gesetzes in fraudem legis abgeschlossen sind. Dabei beruft er sich auf die Protokolle [135]). Auf die zur Umgehung des Gesetzes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wendet v. Mayr den Begriff des Verbotsgesetzes nur dann an, wenn das Verbot die Verwirklichung des beabsichtigten praktischen Erfolges überhaupt verhindern will, nicht dagegen dann, wenn es nur die bestimmte Geschäftsart oder Geschäftsform untersagt, d. h. das Mittel mißbilligt.

Worin liegen nun die Merkmale, die ein Gesetz zum Verbotsgesetz im Sinne des § 817 machen? Für das Gebiet des Strafrechts ist diese

---

[133]) v. Mayr, a. a. O., S. 555/556; s. a. Planck, Bem. 1 zu § 134 S. 348 f.; Oertmann, Bd. 1, Anm. 2 zu § 134, S. 471 f.; Dernburg, Bd. 1, § 19, S. 55 und die verschiedenen Entscheidungen bei Bähr, Urteile des Reichsgerichts (1883), S. 52 f.

[134]) Staudinger, Bd. 1, Anm. 2 zu § 134, S. 554.

[135]) Protokolle, Bd. 1, S. 123 f. Nach diesen hielt die Kommission es für bedenklich, eine positive Gesetzesvorschrift über Gesetzesumgehung aufzunehmen, da dadurch in die Auslegungsfreiheit des Richters eingegriffen wurde. Die Frage ist demnach der Auslegung des Einzelfalles überlassen.

Frage einfach zu beantworten, da die dort normierten Tatbestände alle als Verbotsgesetz zu gelten haben[136]). Dabei kommen naturgemäß nur diejenigen Verbote in Frage, die zugleich zivilrechtliche Wirkungen haben[137]).

Ein Verbotsgesetz im BGB. kennzeichnet sich ganz allgemein dadurch, daß gewisse Handlungen ihrer rechtlichen Wirkungen beraubt werden. In den einzelnen Gesetzesbestimmungen kommt das durch Wendungen wie „kann nicht" oder „darf nicht" zum Ausdruck. Es fragt sich nun, ob stets dann ein Verstoß gegen eine Verbotsnorm im Sinne des § 817 vorliegt, wenn das Gesetz diese Wendungen gebraucht, deren Folge Nichtigkeit ist. Daß das nicht der Fall sein kann, ergibt sich schon daraus, daß wie eben angedeutet, ein Rechtsgeschäft schon dann nichtig ist, wenn es der im Einzelfall besonders vorgeschriebenen Form ermangelt. Nicht soll in diesen Fällen eine Verhinderung, der durch das Rechtsgeschäft bestimmten Leistung erreicht werden. Maßgebend für die Nichtigkeit ist vielmehr die Nichtbeachtung der Formerfordernisse. Im Gegensatz zu derartigen Normen sind Bestimmungen geschaffen worden die die Vornahme von Rechtsgeschäften, gleichgültig in welcher Form sie abgeschlossen wurden, treffen sollten. Der Zweck dieser Vorschriften besteht dann weniger darin, den Abschluß des Geschäftes zu hindern; sie wollen den durch das Geschäft beabsichtigten Zweck vereiteln. Aus der Formulierung des § 817 S. 1, der von dem Zwecke einer Leistung spricht, geht hervor, daß nur diejenigen Verbotsgesetze in Frage kommen, die die Verwirklichung eines von den Parteien beabsichtigten, gewollten wirtschaftlichen Erfolges deshalb nicht zustande kommen lassen, weil das Gesetz nicht bloß den Abschluß, sondern auch den Zweck des Geschäftes mißbilligt. Da derartige Geschäfte aber auch unter die §§ 134, 138 fallen, würde das abstrakt gültige Erfüllungsgeschäft nach § 812 rückforderbar sein. § 817 wäre überflüssig.

§ 817 begründet aber nicht gemeinhin bei einem Verstoß gegen ein Verbotsgesetz in dem obigen Sinne eine Rückforderung, sondern nur dann, wenn der Verstoß insbesondere beim Empfänger, in der Annahme der Leistung zum Ausdruck kommt. Erst in dem verbotswidrigen Verhältnis des letzteren zur Leistungsannahme liegt der „Mangel des rechtlichen Grundes" für den Tatbestand des § 817. Die einseitige Ausnahmeverwerflichkeit gesetzlichen Folgen und Regeln zu unterwerfen, ist Aufgabe, Grund und Zweck des § 817, S. 1.

b) Dem Verstoß gegen ein Verbotsgesetz wird gleichgestellt ein Verstoß „gegen die guten Sitten". Diesen Begriff in seiner Bedeutung

---

[136]) s. Motive Bd. 1 S. 210, „Die Vorschrift hat namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbotsgesetze des öffentlichen, insbesondere des Strafrechts, im Auge.

[137]) v. Mayr, a. a. O. S. 559; Staudinger, Bd. 1, Anm. 6 e zu § 134, S. 557.

für § 817 herauszuschälen ist ungleich schwieriger, da das BGB. in der Verwertung, der mit dem Worte Sitte sprachlich verwandten Ausdrücke ziemlich verschwenderich umgegangen ist. In der Literatur wird die Frage etwa so formuliert, ob Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 817 ein Verstoß gegen die „Sitte", oder ein Verstoß gegen die „Sittlichkeit", oder ein Verstoß gegen einen Begriff bedeuten soll, den Planck [138]) dadurch zu kennzeichnen sucht, daß er sagt, ein Rechtsgeschäft dürfe weder der Sittlichkeit, noch der Sitte widerstreben. Die Gruppe, die den Nachdruck auf den Begriff der „Sittlichkeit" legt, überwiegt [139]). Wenn man sich vergegenwärtigt, daß durch die Gebote der Sitte, Gebote des Anstandes, Regeln der Gesellschaft, des Verkehrs der Menschen untereinander bestimmt und geordnet werden, während die Sittlichkeit sich mit dem inneren Verhalten eines Menschen auseinandersetzt, als Maßstab für den Charakter der Menschen zu dienen berufen ist, kurz zur moralischen Bewertung herangezogen wird, so kann man sich denjenigen, die den letzteren Begriff verwenden, wohl unbedenklich anschließen. In diesem Sinne hält auch die Rechtsprechung ein Geschäft für „unsittlich", wenn es dem herrschenden Volksbewußtsein, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht entspricht [140]). Ob ein Verstoß gegen die Sittlichkeit vorliegt, wird im allgemeinen — abgesehen von dem subjektiven Moment — aber auch nur dann zu entscheiden sein, wenn Ort, Zeit, Stand und Beruf der handelnden Personen berücksichtigt werden. Mit anderen Worten werden auch die Gebote der Sitte, des äußeren Verhaltens von maßgeblicher Bedeutung sein.

Bei Untersuchung der Frage, wann ein Rechtsgeschäft als unsittlich zu gelten hat, sind die Begriffe der objektiven und der subjektiven Unsittlichkeit zu trennen. Objektiv unsittlich ist ein Rechtsgeschäft dann, wenn es als solches sittenwidrig ist, d. h. wenn sein Abschluß oder sein Gesamtgepräge, so wie es sich erkennbar aus dem äußeren Inhalt und den verfolgten Zwecken ergibt, zu beanstanden ist [141]). Als subjektiv unsittlich hat es dann zu gelten, wenn beide oder einer der Beteiligten nach den inneren Beweggründen unsittlich verfahren haben. Welche Art Unsittlichkeit ist nun geeignet, die Herausgabeverpflichtung des Empfängers auszulösen?

III. Bisher hielt man die objektive Unsittlichkeit in den Fällen, in denen sich die Nichtigkeit des Geschäftes aus § 138 ergab, zu-

---

[138]) Planck, Bem. I, 1 zu § 138, S. 361.

[139]) Jakobi in Jherings Jahrb. Bd. 41, S. 108; Cohn in Gruch. Beitr., Bd. 41, S. 792; Hachenburg, Vorträge, S. 155 (vgl. Jherings Jahrb. Bd. 2 S. 26); Staudinger, Bem. I, 2, , S. 572. Für den Begriff „Sitte" setzen sich ein: Leonhard, S. 372; Hagen in Gruch.Beitr. ,Bd. 32, S. 497 ff.

[140]) RG. JW. 1910, S. 142, RG. 48/124.

[141]) Oertmann, Bem. B I c zu § 138, S. 489; Staudinger, Bem. I 3 c zu § 138, S. 574; Planck, Nr. 2, zu § 138, S. 362; Enneccerus I, § 178 II 1 S. 480; RG. 56/231; 63/346; 72/218; 78/263; 80/221; 86/148.

gleich für ausreichend, um auch im Sinne des § 817 ein Rechtsgeschäft als gegen die guten Sitten verstoßend zu brandmarken. Man übersah dabei aber einerseits, daß dies nur für einen Teil der Fälle beiderseitiger Verwerflichkeit ausreichend sein konnte, andererseits aber auch, daß bei einseitiger Verwerflichkeit Nichtigkeit nach § 138 nur selten vorliegen wird [142]).

Es ist daher die Möglichkeit zu erwägen, ob nicht vielleicht schon die subjektive Unsittlichkeit in dem oben dargelegten Sinne ausreicht, um den Tatbestand des § 817, S. 1 zu begründen. Den subjektiven Momenten ist eine besondere Bedeutung beizumessen. Allgemein wird der Standpunkt vertreten, daß die subjektiven Momente, die beim Abschluß eines Geschäftes mitgewirkt haben, hinzuzuziehen sind, um die Unsittlichkeit des Inhalts eines Geschäftes zu erkennen [143]). Die Notwendigkeit ergibt sich aus der fast immer bestehenden Unmöglichkeit, die Unsittlichkeit aus der Beschaffenheit der Leistung zu ersehen. Infolgedessen müssen, um ein Geschäft als solches als sittenwidrig zu bezeichnen, Zweck und Motive herangezogen werden. Die subjektiven Momente dienen zur Illustrierung und zur Abrundung des Gesamtbildes; sie können die objektive Unsittlichkeit erst erkennbar machen. Um ein Geschäft als sittenwidriges zu stempeln, genügt es aber nicht, daß eine der Parteien nach den inneren Beweggründen unsittlich verfahren ist. Uebt die subjektive Unsittlichkeit auf den Bestand des kausalen Rechtsgeschäfts und des abstrakten Erfüllungsgeschäfts daher nur einen beschränkten Einfluß aus, so liegt doch gerade in ihr der innere Grund und die Voraussetzung des § 817, S. 1 [144]). Der Grund der Herausgabeverpflichtung liegt in einem verwerflichen Verhalten des Empfängers, welches, abgesehen von den unterliegenden Verhältnissen, das sittliche Empfinden gerecht und billig denkender Volkskreise verletzt.

Die Bedeutung dessen, was man unter subjektiver Unsittlichkeit im Sinne des § 817 zu verstehen hat, geht aus einem Fall hervor, der allgemein dieser Bestimmung untergeordnet wird. Es handelt sich um den Anspruch auf Herausgabe von Zuwendungen, die einem Beamten für die Vornahme von an sich gesetzmäßigen, in sein Amt einschlagende Handlungen gemacht worden sind. Abgesehen von § 331 BGB., auf Grund dessen schon der Tatbestand des § 817 Anwendung finden müßte, da der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat, war der Zweck der Leistung derart bestimmt, daß der Empfänger auch auf Grund Verstosses gegen die guten Sitten herausgabepflichtig wäre. Es wird niemand bestreiten können, daß sowohl das kausale Rechtsgeschäft,

[142]) Nähere Ausführungen darüber siehe bei Heck, Die Ausdehnung . . ., a. a. O., S. 17.

[143]) Prot. Bd. 1 S. 123; Motive, Bd. 1, S. 211; v. Mayr, S. 571.

[144]) RG. JW. 1904, S. 38, Ziff. 5; Seuff.Arch. Bd. 76, S. 347/348, Nr. 208; RG. 95/127 f.; 95/349; 105/270; s. a. Oertmann, § 817, 1 S. 1348.

sein Inhalt an sich, als auch das abstrakte Erfüllungsgeschäft als solches — abgesehen davon, daß die Unsittlichkeit sich unmittelbar aus dem Leistungsgegenstande ergeben würde — beanstandungsfrei sind. Handelte es sich nicht um einen Beamten, wäre gegen den abgeschlossenen Schenkungsvertrag nichts einzuwenden. Aber selbst wenn unsittliche Beweggründe mitgewirkt hätten, würden sich, wenn der Empfänger kein Beamter wäre, Rechtsfolgen aus § 817 nach dem oben Gesagten nicht ergeben [145]). Das Entscheidende ist der unmittelbare Zweck der Leistung in Verbindung mit dem daraus resultierenden Verhalten des Empfängers. Aus dem Verhältnis desselben zur Leistungsannahme ergibt sich erst seine Verwerflichkeit. Die Geschenkannahme seitens eines Beamten würde nicht nur selbst dann, wenn sie für einschlägige und zulässige Amtshandlungen erfolgte, mit der ethischen Auffassung über Pflichterfüllung in Widerspruch stehen, sondern würde auch die Interessen des Staates, als Träger von Rechten und Pflichten dem Volksganzen gegenüber, die der Beamte in seiner Stellvertretung wahrnimmt, zuwiderlaufen. Der Verstoß gegen die guten Sitten im Rahmen des § 817, S. 1 zeigt sich daher nicht in dem Vorhandensein von unsittlichen Beweggründen, sondern durch das, was der Begriff „Annahmeverwerflichkeit" auszudrücken versuchen soll.

Heck [146]) hat in seiner Monographie über die Ausdehnung des § 817, S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche mit Recht den Gesichtspunkt in den Vordergrund gerückt, daß Rechtsnormen des Privatrechts Entscheidungen von Interessenskonflikten sind. Die Interessen des Einzelnen bewegen sich vorwiegend in einem Schutzbedürfnis. Die inneren Gründe eines Schutzinteresses sind daher besonders geeignet und unentbehrlich, den wahren inneren Grund einer Vorschrift zu erkennen. Der Grund des § 812 besteht in einem Vermögensschutze. Er gibt die Handhabe, Vermögensverschiebungen, die sich in äußerlich gültiger Weise vollzogen haben, obwohl innerlich ein rechtfertigender Grund nicht vorhanden war, dem richtigen Recht wieder anzupassen, d. h. Vermögensverschiebungen zu beseitigen, die mit dem Rechtsbewußtsein im Sinne des rechtlichen Erlangthabens und des rechtlichen Behaltendürfens in Widerspruch standen. Das Fehlen von relativen Beziehungen zwischen den Parteien, die mangelnde gültige Rechtsunterlage bildet den Grund, einen Leistenden vor Vermögensverlusten zu schützen, die durch die bewußt scharf durchgeführte Unterscheidung zwischen kausalem und abstraktem Rechtsgeschäft entstehen mußten. In dem oben angeführten Fall einseitiger Verwerflichkeit ist sowohl das kausale wie das abstrakte Rechtsgeschäft intakt, so daß dieser Grund des Vermögensschutzes nicht mehr in Betracht kommen kann. Der „Mangel des rechtlichen

[145]) Staudinger, Bem. 2 b zu § 817, S. 1710; v. Mayr, a. a. O. S. 512.
[146]) Heck, daselbst, S. 32.

Grundes“ muß nach dieser Ueberlegung für den Tatbestand des § 817 auf einem anderen Gebiete liegen. Die „Annahmeverwerflichkeit“ des Empfängers schiebt sich als Tatbestandsvoraussetzung in den Vordergrund. Sie begründet die Rückforderung. Gerechtfertigt wird die Rückforderung durch die „Auflehnung des Empfängers gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung“, d. h. durch ein Verhalten, welches dem Recht und dem sittlichen Empfinden entgegenstrebt, welches wider das Recht gerichtet ist, abgesehen davon, ob es durch relative Beziehungen der Parteien untereinander fundiert ist oder nicht.

IV. Sowohl im Sinne des § 812 als auch im Sinne des § 817 liegt eine Bereicherung vor, die der Bereicherte „ohne rechtlichen Grund“ erlangt hat. Der Unterschied besteht nur darin, daß durch § 812 eine Vermögensverschiebung ausgeglichen werden soll, die o h n e objektiv rechtswirksame Kausalunterlage erfolgt ist. Der Empfänger wird nur insoweit kritisch betrachtet, als es sich um die Differenz zwischen Rechtsverschiebung und Vermögensverschiebung handelt.

Dieser Gesichtspunkt tritt bei § 817 jedoch vollkommen in den Hintergrund. Nicht der Ausgleich eines objektiven Mißverhältnisses steht zur Debatte, sondern der Ausgleich einer Vermögensverschiebung, die der Rechtsverschiebung an sich entspricht, wenn auch nicht zu entsprechen braucht, im übrigen aber deshalb gemißbilligt wird, weil das Verhalten des Empfängers in Verbindung mit dem Leistungszweck und der Leistungsannahme ein Ergebnis zeitigen würde, welches weder Normen des Gesetzes noch Normen der Sittlichkeit entsprechen würde. Konnte man für den Tatbestand des § 812, wie Locher [147]) es ausdrückte, dem Mangel der objektiven causa einen Mangel der subjektiven causa gleichsetzen, so trifft das für den § 817 nicht zu, denn die Parteien haben, abgesehen von der Gültigkeit oder Nichtgültigkeit der objektiven causa, subjektiv sowohl die Vermögensverschiebung wie die Rechtsverschiebung gewollt. Erzeugt die subjektive causa nun eine Annahmeverwerflichkeit des Empfängers, so wird diese nach § 817, S. 1 alleiniger Rückforderungsgrund.

Entsprechend § 817 enthält auch § 826 eine Erweiterung der Haftung auf objektiv erlaubte Handlungen, nur wegen der dabei obwaltenden illoyalen Gesinnung [148]). Ob derartige Handlungen damit rechtswidrig werden, ist streitig. Oertmann verneint es m. E. mit Recht. Dadurch, daß unter § 826 selbst solche Handlungen einbezogen werden, die gesetzlich ausdrücklich erlaubt sind, erhellt, daß „Erlaubtheit und Ersatzfreiheit“ verschiedene, sich nicht deckende Begriffe sind. Bei § 817 ist die Sachlage ähnlich. Der mangelnde Rechtsgrund der zur Rückforderung berechtigt, ergibt sich nicht aus der Nichtigkeit

[147]) Locher, a. a. O., S. 36 f.; siehe vorliegende Arbeit S.
[148]) Oertmann, Bem. 1 zu § 826, S. 1406.

objektiv widerrechtlicher Geschäfte, denn trotz objektiv rechtmäßiger Handlungen und kausal gültiger Verträge wird ein Recht auf Rückforderung ja nur wegen des besonderen subjektiven Moments zuerkannt, welches als solches eine Rechtswidrigkeit nicht begründen kann. Die Unabhängigkeit der Rechtswidrigkeit von dem verbots- oder sittenwidrigen Verhalten des Empfängers zeigt ein von Heck gebildetes Beispiel. Den Straßenbahnschaffnern ist es verboten, Trinkgelder in Empfang zu nehmen. Nimmt der Schaffner jedoch an, so ist der Zweck der Leistung derart, daß er durch die Annahme gegen eine Verbotsnorm stößt, ohne jedoch rechtswidrig zu handeln. Die Annahme ist also nicht rechtswidrig sondern widerrechtlich [149]); der Rückforderungsanspruch aus § 817, S. 1 findet Anwendung. Trifft § 812 den nach sonstigem Recht rechtlosen Erwerb, so trifft § 817 gerade den normgemäßen Erwerb, dessen Annahme gegen ein Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt [150]).

Ein derartiges Verhalten des Empfängers erzeugt einerseits ein Schutzbedürfnis, andererseits ein Bedürfnis nach Strafe. In den Fällen des § 812 macht sich neben dem Bedürfnis der Vorteilsausgleichung ein Strafbedürfnis im allgemeinen nicht bemerkbar. Es drängt in den Fällen des § 817 infolge des anders gearteten Schutzbedürfnisses nach Realisierung. Der einwandfreie Geber setzt sich in seiner moralischen Unantastbarkeit durch das verwerfliche Verhalten des Empfängers einem Angriff aus. In der Möglichkeit des Gegenangriffs, d. h. der Rückforderung, besteht für ihn der Schutz. Durch § 817, S. 1 wird daher zu gleicher Zeit das Schutz- und das Strafbedürfnis befriedigt. Den Strafzweck des § 817 zu leugnen, widerspräche nicht nur jedem gesunden Gerechtigkeitsgefühl, sondern auch tatsächlich dem offenbaren Willen der Schöpfer unseres Gesetzbuches. Außerdem wird es durch die Entstehungsgeschichte bestätigt und kommt in den Motiven und dem I. Entwurf des BGB. klar zum Ausdruck [151]). Die Erkenntnis des Grundes des § 817, S. 1, bestehend in dem Schutze vor einer Annahmeverwerflichkeit des Empfängers, macht diese zur alleinigen Voraussetzung seiner Anwendung.

V. Gegenüber den durch § 817, S. 1 geregelten Fällen einseitiger Verwerflichkeit auf der Empfängerseite, bestimmt § 817, S. 2,

---

[149]) Für Unterscheidung dieser beiden Begriffe Oertmann, § 826, 1 S. 1406; dagegen z. B. RGR. Kom. § 826, 1 S. 572, mit ausführl. Angabe zustimmender und ablehnender Ansichten.

[150]) Heck, Grundriß, a. a. O., S. 423.

[151]) Motive II S. 849. Der Zweck, den das Gesetz durch Zuerkennung des Anspruchs aus § 817 S. 1 erreichen wollte, wird in dem auf Seiten des Empfängers liegenden Verstoß und der sich darin offenbarenden Auflehnung gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung gesehen. „Die in der Annahme der Leistung sich kundgebende Gesinnung des Empfängers soll getroffen werden". — § 747 Entwurf I trägt die Ueberschrift „Rückforderung wegen verwerflichen Empfangs"; s. auch Heck, „Ausdehnung" S. 18.

daß das Rückforderungsrecht wegfällt, wenn der Leistende gleichfalls verwerflich gehandelt hat. Es ist bekannt, daß dieser Satz, der eine Regelung bei Verwerflichkeit des Leistenden enthält, bisher immer für das gesamte Bereicherungsgebiet als gültig betrachtet wurde [152]). Eine Einschränkung auf § 817, S. 1, d. h. die Geltung des S. 2 als Ausnahmevorschrift, ist nur von ganz wenigen Schriftstellern vertreten worden [153]). Und doch scheint diese Auffassung nach Erkenntnis des Grundes des S. 1 die einzig mögliche zu sein.

a) Der Zusammenhang des § 817, Satz 2 mit dem Satz 1 folgt zunächst rein äußerlich aus dem Wort „gleichfalls". Dadurch werden die Sätze in solchen inneren Zusammenhang gebracht, daß Satz 2 nur da Anwendung finden kann, wo der Tatbestand des Satz 1 gegeben ist. Demgegenüber ist eingewandt worden, daß das Wort „gleichfalls" nur satzverbindend aufzufassen sei, da man durch dieses Wort lediglich eine abgekürzte Fassung des Satzes habe ermöglichen wollen. Diese Ansicht bedeutet indes eine unzulässige Verdrehung der durch Stellung und Wortlaut bewußt gewollten Unterordnung des Satzes 2 und den Satz 1. Sich noch deutlicher auszudrücken, lag kein Grund vor, denn selbst wenn man den nur satzverbindenden Charakter des Wortes „gleichfalls" zugestehen wollte, würde der Wille des Gesetzgebers, wie er auch aus der Entstehungsgeschichte zu entnehmen ist [154]), nicht übergangen werden können.

b) Die Gegenmeinung führt insbesondere weiter an, daß der Satz 2 einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstelle. Ein Satz, daß einem Anspruch, dem eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung des Klägers zugrunde liegt, der Rechtsschutz zu versagen sei, existiert nicht [155]). Bei der Wichtigkeit, die ein derartiger Grundsatz haben würde, hätte der Gesetzgeber ihn zweifellos in äußerlich deutlicher und nicht zu verkennender Weise normiert. Wegen der Unmöglichkeit einer größeren Ausdehnung wird er im übrigen von seinen Verfechtern so auch nur auf das Kondiktionenrecht beschränkt angewandt. Lesser [156]) allein will dem in Satz 2 ausgesprochenen Grundsatz für das gesamte Recht im Wege der Rechtsanalogie Geltung verschaffen. Daß der Satz „turpitudinem suam allegans non

[152]) s. RG. 99/166; 105 271; 111 155; neuerdings auch wieder im Urteil v. 10. Jan. 1930; 148/29 III; in JW. 1930, S. 3219.

[153]) Staudinger, Bem. 2 d zu § 817, S. 1715; Goldmann-Lilienthal, Bd. 1, § 228, Anm. 7, S. 873; und vor allem Heck, Ausdehnung; vgl. auch Anm. 3 vorliegender Arbeit.

[154]) § 741 S. 2 E. II enthielt zunächst die Wendung „es sei denn", wofür später „gleichfalls" eingesetzt wurde.

[155]) Anderer Ansicht ist Neubecker, Arch.bürg.Recht, Bd. 22, S. 71. Gegen das Bestehen eines derartigen Satzes im übrigen Staudinger, Bem. 2 d zu § 817, S. 1705; Goldmann-Lilienthal, § 228, 3, Anm. 7; Eccius in DJZ. 1903, S. 41.

[156]) Lesser in JW. 1919, „Rechtsstellung von Sachen, die unter Verletzung der Kriegswirtschaftsvorschriften besessen werden", S. 91.

auditur" in seiner Allgemeinheit erheblich einzuschränken ist, hat auch das Reichsgericht trotz seiner Ausdehnungstheorie bezgl. des § 817, S. 2 mehrfach ausgesprochen [157]). Neben § 817, S. 1 und S. 2 setzt es der Geltendmachung eines Wandlungs- oder Eigentumsanspruchs z. B. keinen Widerspruch entgegen [158]). Aber ebensowenig wie die äußere Fassung des § 817 S. 2 dafür spricht, den Geltungsbereich über das Gebiet der ungerechtfertigten Bereicherung hinaus zu erstrecken, ebensowenig bietet sie Anlaß den Satz 2 über den durch Satz 1 gesteckten Rahmen hinaus anzuwenden. Die wörtliche Auslegung liefert daher ein ernsthaftes Argument, um der Ausdehnung des § 817, S. 2 über Satz 1 hinaus zu widersprechen.

c) Die theoretischen Untersuchungen über die Stellung des § 817, S. 2 erfordern neben der wörtlichen Auslegung eine logische Feststellung des Zweckes und des inneren Grundes der Ausschlußklausel. Wie dargelegt wurde, befriedigt § 817, S. 1 ein Schutzbedürfnis und realisiert dieses durch die Gewährung eines Rückforderungsanspruches. Ist im Falle des Satzes 1 das Interesse des einwandfreien Gebers verletzt, so wird die Interessenverletzung im Falle des Satzes 2 ohne Bedeutung. Gerade durch die Abwägung der Interessenskonflikte ist der Grund des Satzes 2 erkennbar, denn „bei Interessenskonflikten greift die Rechtsordnung zum Schutz derjenigen Interessen ein, die nach dem Urteile des Gesetzgebers schutzwürdiger sind als die Gegenüberstehenden" [159]). Ist ein Empfänger durch die unmittelbare Zweckbestimmung einer Leistung in eine Situation gekommen, die weder von dem Gesetze, noch von der Moral geduldet wird, so verlangen die Interessen eines einwandfreien Gebers, unabhängig davon, ob sich die Nichtduldung objektiv auch in der Nichtigkeit des kausalen Rechtsgeschäfts ausdrückt, einen Schutz. Hat der Geber aber selber verwerflich mitgewirkt, so ist das Schutzbedürfnis nicht mehr vorhanden, das Gesetz wird seiner Interessenwahrung in der durch § 817, S. 1 festgelegten Richtung gegenüber gleichgültig. Hat der Fahrgast bei Hingabe des Trinkgeldes eine Bevorzugung erreichen wollen, also „gleichfalls" gegen ein Verbotsgesetz bezw. gegen die guten Sitten verstoßen, so ist sein Rückforderungsanspruch, der ihm bei reiner Schenkungsabsicht nach § 817, S. 1 zugestanden hätte, erloschen. Kommt, um Formulierungen von Heck zu gebrauchen, in § 817, S. 1 der Satz zur Geltung „Wer nicht erhalten soll, soll auch nicht behalten" [160]) so ist in Satz 2 ein juristisches Aequivalent zu dem Sprichwort „Wer im Glashaus sitzt, soll nicht mit Steinen werfen" zu erblicken [161]). Der Kläger kann sich nur dann auf die

---

[157]) RG. 70/5; 85/295; 101/308; RG. JW. 1913, S. 734; JW. 1919 S. 347; Warneyer, 1920, Nr. 145; 1922 Nr. 74.

[158]) s. RGR. Kom. § 817, 3 S. 522; RG. 105/67; RG. Warn. 1911, Nr. 115; OLG., 8, 423.

[159]) Heck, Ausdehnung .., S. 33.

[160]) Heck, Grundriß S. 427.

[161]) Heck, Ausdehnung, S. 33.

Schlechtigkeit der Gegenseite berufen, wenn ihm selbst nichts vorzuwerfen ist.

Die Gegenmeinung leugnet die Möglichkeit obiger Erklärung und beruft sich insbesondere darauf, daß der § 817, S. 2 eine für alle Bereicherungsvorschriften geltende Strafbestimmung sei. Wie wenig die Absolutheit des Strafgedankens jedoch dem Sinn des § 817, S. 2 entspricht, ist gerade ausgeführt worden. Nur unter Vernachlässigung des Gesichtspunktes der Interessenabwägung kann diese Auffassung überhaupt vertreten werden und führt in ihren Ergebnissen zu den in der Rechtsprechung gefällten Entscheidungen, die unbillig und unbefriedigend wirken [162]). Die Notwendigkeit der Heranziehung der Interessensmomente geht z. B. allein schon daraus hervor, daß der Grund der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes verschieden sein kann. Er kann sowohl darin zu suchen sein, daß keiner sich auf Kosten eines anderen einen Vermögensvorteil verschaffen soll, als auch darin, die Parteien wegen der Vornahme eines Rechtsgeschäftes zu bestrafen. Läßt in dem ersteren Falle die Nichtigkeit des kausalen Rechtsgeschäftes eine Rückforderung durchaus wünschenswert erscheinen", so würde sie in dem zweiten Falle geradezu für den straffälligen Geber als Belohnung wirken. Der Strafzweck der Nichtigkeitsvorschrift ist daher von besonderer Bedeutung. Fehlt er, so scheiden diese Fälle für den Tatbestand des § 817 zugunsten des § 812 aus, so daß der § 817, S. 2 zur Ausbalancierung nur der Fälle dient, wo einerseits dem Empfänger ein strafbares Verhalten zum Vorwurf zu machen ist, zu dem andererseits der Geber mitgewirkt hat.

Daraus, daß nach der Theorie der Schuldkompensation § 817, S. 2 nur dann wieder wirksam wird, wenn die Voraussetzungen des § 817, S. 1 vorliegen, der 817, S. 2 den Rückforderungsanspruch des § 812 also selbst bei Vorliegen einseitiger Verwerflichkeit des Leistenden nicht beeinflussen kann, hat die herrschende Lehre ihre Einwendungen hergeleitet. Sie zieht nämlich den Schluß, daß wenn schon dem unsittlich oder gegen ein gesetzliches Verbot handelnden Geber bei gleichzeitigem Verstoß des Empfängers das Rückforderungsrecht verweigert würde, die Rückforderung erst recht dann ausgeschlossen sein müsse, wenn den Empfänger kein Verstoß gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot treffe [163]). Nach diesem anscheinend

[162]) Im Urteil des IV. Zivilsenats v. 26. Mai 1916 (Warneyer, Rechtspr. 191 Nr. 16) führt das RG. zwar aus, § 817 könne nicht die Bedeutung einer Strafvorschrift beigelegt werden. Demgegenüber betont eine Entscheidung des II. Zivilsenats v. 16. Mai 1919, (RG. 95/347), daß der Ausschluß der Rückforderung als Strafe gedacht sei. Der VII. Zivilsenat hat sich dem in dem Urteil v. 11. Mai 1920 (RG. 99/161) angeschlossen, unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte. Dieselbe Ansicht ist in RG. 104/50 und 105/270 beibehalten worden. Auch die Literatur vertritt diese Auffassung; v. Tuhr, JW. 1921, S. 1307; Warneyer, Kom. Anm. 2, Abs. 2 zu § 817; RGR. Kom. Anm. 1 zu § 817, § 520.

berechtigten Argument würde der Annahmeverstoß zu einem Schutzgrund werden. Daß man den Gegenbeweis genau so schlüssig führen kann, hat Heck gezeigt[164]). „Wenn der verwerfliche Geber auf Grund des § 812 gegen den vorwurfsfreien Empfänger durchdringt, dann muß er erst recht siegen, wenn bei seinem Gegner noch ein Annahmeverstoß hinzutritt", also ein anderer Schutzgrund als der des § 812 die Rückforderung begründet. Während der erste Schluß die herrschende „Ausdehnungstheorie" als die einzig Richtige erscheinen läßt, ergibt der zweite ihre Unmöglichkeit und verweist auf die sogenannte „Toleranzlösung", die den Anspruch aus § 812 unbeschränkt durchgreifen läßt. Die daraus sich ergebende Folge, daß beide Schlüsse je nach Art der Fälle ihre Berechtigung haben müssen, hat Heck gezogen. Er scheidet die Ansatzpunkte der Schlüsse und trennt in die „materiellen Konkurrenzfälle", die zur Anwendung des § 812 führen und in die sogenannten „Verstoßfälle", — von ihm auch als „formelle Konkurrenzfälle" bezeichnet — die eine Rückforderung nach § 812 nicht gestatten, sondern ausdrücklich in das Gebiet des § 817 zu verweisen sind. Da bei beiderseitiger Verwerflichkeit fast immer das kausale Rechtsgeschäft nichtig ist, hängt die Subsumtionsmöglichkeit unter § 812 oder § 817 davon ab, ob der Grund der Nichtigkeit Verhinderung eines Vermögensüberganges oder Bestrafung der Beteiligten ist. In ersterem Falle findet § 812, in dem zweiten § 817 Anwendung. Nur durch eine derartige Trennung können die Unbilligkeiten, die durch die Ausdehnung des § 817, S. 2 auf § 812 entstanden sind, vermieden werden.

Da man diese Unbilligkeiten nie verkannt hat[165]), hat man auf verschiedene Weise versucht, zu annehmbaren Ergebnissen zu gelangen. Die grundsätzliche Unhaltbarkeit der zahlreichen Versuche ist von Heck in seiner Monographie ebenfalls nachgewiesen worden.

Zeitweise hat man die Verweigerung des Rückforderungsanspruchs auf Grund des § 817, S. 2 nur dann für begründet gehalten, wenn es sich um die Erlangung von Vermögensvorteilen handelte, die dazu bestimmt waren, endgültig in das Vermögen des Empfängers überzugehen. Leistungen, die aus Nebenverträgen resultierten, die nur mittelbar dem Hauptvertrage und als solche einem erlaubten Zwecke dienten, die vor allem nur zu einem vorübergehenden Zwecke gemacht worden waren, sollten demnach rückforderbar sein[166]). Eine weitere

---

[163]) Aehnlich Oertmann, Ziff. 6 c zu § 817, S. 1353; Cohn bei Gruch. Beitr. Bd. 41, S. 794.

[164]) Heck, Ausdehnung, S. 26.

[165]) s. RGR. Kom. Anm. 6 zu § 817 S. 524; u. a. auch Wüstendörfer a. a. O. S. 241; Fuchs, a. a. O., S. 161 ff.

[166]) RG. 67/326; JW. 1921, S. 461; Recht 1923, Nr. 1347; Warneyer, Rechtspr. 1926, Nr. 32; 1921 Nr. 93; 1924 Nr. 89; Seuff. Arch. Bd. Nr. 216 mit teilweise widersprechender Begründung.

[167]) Enneccerus, § 446 Nr. 2 Anm. 3 S. 649, RGR. Kom. Anm. 1 zu § 817, S. 520; v. Tuhr, JW. 1921, S. 1307.

Milderung hat man dadurch zu erreichen gesucht, daß man behauptete, § 817, S. 2 enthalte keine allgemein dienende Strafvorschrift — wir haben gesehen, daß die herrschende Ansicht sich dem entgegen vielfach gerade auf die Absolutheit des Strafgedankens zur Begründung der Ausdehnungstheorie stützt [167]) — sondern stelle nur ein Hindernis der Rechtsverfolgung für den dar, der den Verstoß begangen habe. Eine Beschränkung in der Anwendung des § 817, S. 2 ist so insbesondere zu Gunsten des Konkursverwalters erzielt worden [168]). Daß bei einer derartigen Sachlage für die Ausdehnung des § 817, S. 2 und die dadurch notwendig werdende krampfhafte Wiedereinschränkung derselben ein Bedürfnis nicht vorliegt, ergibt sich schon daraus, daß die sittenwidrige Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs des § 812 schon durch § 242 bezw. § 826 zurückgewiesen werden kann.

VI. Zu den bisher umstrittendsten Fällen gehört die Rechtslage bei dem Verkauf eines Bordellbetriebes mit Grundstück [169]). Diese Fälle sind zwar durch das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927, welches die Bordelle aufhob, für die Zukunft praktisch gegenstandslos, interessieren aber für die theoretischen Erörterungen darum nicht weniger. Steht der Tatbestand fest, so ist das zugrundeliegende Rechtsgeschäft wegen beiderseitigen Verstosses gegen die guten Sitten gemäß § 138 nichtig. Infolge der Gültigkeit des abstrakten Leistungsgeschäfts kommt eine rei vindicatio seitens des Verkäufers nicht in Betracht. Da der Gegenwert des Hauses in bar fast nie zu erlangen sein wird, wird bei der Eintragung in das Grundbuch fast allgemein eine Restkaufgeldhypothek eingetragen. Mit der Einigung und Eintragung hat der Käufer nicht nur das Eigentum erlangt, sondern die Restkaufhypothek hat sich gleichzeitig in eine Eigentümerhypothek des Käufers verwandelt, da der Verkäufer wegen der Nichtigkeit des Kausalgeschäftes eine Forderung nicht erworben hat. Der Käufer ist also auf Kosten des Verkäufers ungerechtfertigt bereichert. Nach der herrschenden Lehre müßte nun der Käufer das Grundstück nebst seiner Eigentümerhypothek ganz gefahrlos behalten können [170]).

---

[168]) RG. 99/169, Urteil des VII. Zivilsenats v. 11. Mai 1920.

[169]) Der Verkauf eines Grundstücks, in dem ein Bordell betrieben wird, verstößt selbst bei Kenntnis der Verwendungsabsicht des Käufers allein noch nicht gegen § 138; Oertmann schreibt dazu (Bem. B, 1, c, zu § 138, S. 488) „Es wäre aber unerhört und untergrübe alle Verkehrssicherheit, wenn das Geschäft deshalb nichtig sein sollte, weil der Käufer nachweislich die subjektive, vielleicht dem Verkäufer bekannte, aber im Geschäftsabschlusse selbst weder ausdrücklich noch stillschweigend objektivierte Absicht gehabt hat, darin ein Bordell einzurichten".

[170]) Um die einseitige Begünstigung des Empfängers, die der Erfolg des Ausschlusses der Rückforderung durch § 817 S. 2 wäre, zu vermeiden, hat das Reichsgericht in dem entschiedenen Fall allerdings die exeptio doli generalis für anwendbar erachtet; s. Urteil des II. Zivilsenats v. 8. Okt. 1909, RG. 71/436. Später ist die Anwendbarkeit aber

Nach dem in der Arbeit vertretenen Standpunkt über die Selbstständigkeit der Anspruchsbegründung nach § 817, S. 1 mit Beschränkung durch die Ausnahmevorschrift des Satzes 2 greift jedoch § 812 durch. Ausgehend von der Zweckbestimmung der Leistung, hat der Bordellkäufer durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoßen. Dieser Verstoß bildet einen Schutzgrund zu Gunsten des Leistenden. Derselbe wird aber aufgehoben durch die „gleichfalls" widerrechtliche Gesinnung des letzteren. Die Interessen beider Parteien sind daher gleich wenig schutzwürdig, so daß die „Interessenswage keinen Ausschlag gibt". Da außerdem nun aber auch das kausale Rechtsgeschäft wegen seiner objektiven Unsittlichkeit gemäß § 138 nichtig ist, rückt der Gesichtspunkt des Schutzinteresses an der dadurch hervorgerufenen Konstellation wieder in den Vordergrund. Der Schutzgrund des Vermögensschutzes verlangt Beachtung und gibt der bisher ausbalancierten Interessenswage nunmehr den Ausschlag zu Gunsten des Verkäufers. Die Fernwirkung der Nichtigkeit weist auf § 812. Denn nichtig ist das Rechtsgeschäft deshalb, weil weder dem einen noch dem anderen aus dem unsittlichen Geschäftsabschluß ein Vermögensvorteil erwächst. Eine Vermögensverschiebung, die durch Ausschluß des Rückforderungsrechtes die praktische Folge wäre, wirkt in diesen Fällen unbillig und läßt die Wiederherstellung des früheren Zustandes somit geboten und „wünschenswert" erscheinen. Daß der Empfänger sich dann auf die Nichtigkeit berufen kann, läßt sich nicht leugnen. In der Praxis wird das allerdings nur selten vorkommen, da er selber ja das größte Interesse im allgemeinen an der entstandenen Rechtslage haben wird. Undenkbar ist es aber dann z. B. nicht, wenn der Vertrag für ihn besonders drückende Verpflichtungen enthielt. Ein gewisser Schutz selbst für den verwerflich Leistenden ist nicht zu verkennen. Ebenso wie der Empfänger auf ihm lastende drückende Verpflichtungen durch Berufung auf die Nichtigkeit auf sich abwälzen könnte, muß dem Leistenden nach erfolgter Erfüllung seiner Verpflichtungen das Recht zugestanden werden, die Erfüllung durch Berufung auf die ihm schutzgewährende Bestimmung später rückgängig zu machen. Wird durch die Verwerflichkeit eines Gebers bei Verwerflichkeit eines Empfängers der Schutzgrund des Annahmeverstosses aufgehoben, so kann die Verwerflichkeit des Gebers im Verhältnis zum Schutzgrund des § 812 nicht mehr von Bedeutung sein. Für diesen ist freie Bahn geschaffen. Durch die gleiche Betrachtungsweise würden sich die vielen anderen Fälle [171]), deren Lösung auf dem von der herrschenden Ansicht vertretenen

---

verneint worden. Dem ist deshalb beizutreten, weil die exeptio doli generalis ihrem inneren Wesen nach doch nur von dem eingewandt werden kann, der einwandfrei dasteht; sie soll eine vertragstreue Erledigung realisieren. Bei beiderseitiger Verwerflicheit muß der Gesichtspunkt der Vertragstreue aber ausscheiden.

[171]) RG. 95/126/347; 100/159/250; 104/50; 105/270; s. Heck, Ausdehnung, S. 5, Anm. 9 und 10.

Wege das Volksempfinden auf das Erheblichste verletzt, ohne große Schwierigkeiten unter Vermeidung von unbilligen Ergebnissen entscheiden lassen. Es würde dann nicht mehr vorkommen, daß „der verwerfliche Empfänger einen Gewinn macht, der oft größer ist, als er bei Gültigkeit des Geschäftes gewesen wäre [172]).

VII. Anders zu beurteilen sind die sogenannten formellen Konkurrenz- oder Verstoßfälle. Sie sind eigentlich gar keine Konkurrenzfälle, da sie das Schutzgebiet des § 812 gar nicht berühren. Auch für ihre Behandlung liegt der Grund in der Fernwirkung der Nichtigkeit, die einen Schutz der Vermögensinteressen nicht als geboten erscheinen läßt. Wie schon die Bezeichnung ausdrückt, liegt das Schwergewicht bei ihnen in dem „Verstoß", in einem widerrechtlichen Verhalten, welches Strafe fordert. Die Fernwirkung scheidet den bei den materiellen Konkurrenzfällen maßgebenden Gesichtspunkt, eine Veränderung der Vermögenslagen bei objektiv unsittlichem Geschäft zu verhindern aus, so daß für den Schutzgrund des § 812 kein Raum mehr ist. „Wenn keine der Parteien infolge ihrer moralischen Qualitäten einen Vorzug verdient, dann soll auch keine von ihnen von der Rechtsordnung durch Gewährung eines Anspruchs bevorzugt werden" [173]).

Ein Beispiel für den formellen Konkurrenzfall ist der Zeugenkauf. Die Zuwendung, die jemanden gemacht wird, um ihn zu einer unwahren eidlichen Aussage zu bestimmen, ist nicht rückforderbar. Obwohl das Grundgeschäft nach den §§ 134, 138 nichtig ist, ist § 812 nicht anwendbar, da er durch die Fernwirkung ausgeschlossen wird. Der Grund der Nichtigkeit verweist auf § 817, S. 1. Gerade durch die Annahme handelt der Empfänger infolge der Zweckbestimmung der Leistung sittenwidrig und strafbar. Der Gegner hat durch sein kausales Mitwirken, welches seine Auflehnung gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung dokumentiert, aber seine Ansprüche auf einen Schutz von seiten der Rechtsordnung verwirkt.

VIII. Insbesondere mit Rücksicht auf die Behandlung der Fälle der einseitigen Verwerflichkeit des Leistenden hat man die Selbstständigkeit der Anspruchsbegründung des § 817, S. 1 und die dadurch begründete alleinige Geltung des Satz 2 für Satz 1 abgelehnt, denn Satz 2 diente dazu, die als unbillig empfundene Rückforderung des verwerflich Leistenden zu verhindern. Der Schulfall ist die Behandlung des Wucherers. Man hat diesem sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur speziell unter Berufung auf § 817, S. 2 einen Anspruch aus § 812 gegen den Bewucherten versagen wollen [174]). Infolge der zahlreich erfolgten Widersprüche ist

[172]) Heck in Arch.civ.Prax., Bd. 124, S. 22.

[173]) Heck, Ausdehnung, S. 34.

[174]) Dernburg, Bd. I, § 127, S. 383; v. Mayr, a. a. O. S. 579/584; Urteil des IV. Zivilsenats v. 16. 2. 1922, Leipziger Zeitschr. S. 461.

diese Auffassung heute allerdings fast allgemein abgelehnt [175]). Es wäre in der Tat auch unerträglich, wenn man dem Wucherer von vornherein den völligen Verlust eines als wucherisches Darlehn gegebenen Vermögens oder eines wucherisch verkauften Grundstücks auferlegen wollte [176]). Davon abgesehen läßt sich der Ausschluß seines Rückforderungsanspruches wie gesagt schon deshalb nicht mit der Bestimmung des § 817, S. 2 begründen, weil die Voraussetzung für Anwendung derselben, nämlich die Annahmeverwerflichkeit eines Empfängers, in diesem Falle des Bewucherten, in der Regel nicht gegeben sein wird. In diesem wie in anderen Fällen einseitiger Verwerflichkeit des Leistenden muß man die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs aus § 812 daher zubilligen.

§ 10.

Ergebnis.

Als Ergebnis kann folgendes abschließend gesagt werden.

§ 812 dient dazu, Vermögensverschiebungen auszugleichen, die im Verhältnis zu der erfolgten Rechtsverschiebung infolge mangelnder relativer Beziehungen zwischen den Beteiligten objektiv ungerechtfertigt erscheinen. Das objektive Mißverhältnis, welches durch den Gegensatz des rechtlichen Erlangthabens und des rechtlichen Behaltendürfens entstanden ist, soll bereinigt und dem richtigen Recht wieder angepaßt werden. Zur Debatte stehen lediglich die Vermögensmassen der Parteien und ihre Beziehungen zu den Grundgeschäften, die entweder einen Vermögensübergang rechtfertigen oder nicht. Nur dann wird ein Bereicherungstatbestand aber als vorliegend anerkannt, wenn die sogenannte „Unmittelbarkeit" der Vermögensverschiebung vorliegt.

§ 816 ist ebenso wie § 812 eine Ausgleichsvorschrift für erfolgte Vermögensverschiebungen, die objektiv den Folgen der durch das Gesetz gewollten Rechtsverschiebung nicht entsprechen. Gegenüber § 812 stellt er eine Haftungserweiterung dar, da schon eine „mittelbare" Vermögensverschiebung genügt um einen Anspruch gegen den Bereicherten zu begründen. Diese Erweiterung fällt bezüglich der rechtlichen Qualifizierung nicht aus dem Rahmen des § 812, so daß § 816 diesem gegenüber als ein modifizierter Tatbestand anzusehen ist.

§ 817 ist in seinem Verhältnis zu § 812 jedoch anders zu werten. Nicht wie bei jenem ist er von Interessen diktiert, die den Schutz von

---

[175]) Ausführliche Literaturangabe bei Heck, S. 3, Anm. 7; in Ausdehnung usw.

[176]) Dr. Hermann Roquette, Wucher im Zivilrecht, insbes. Mietwucher 1929, S. 41.

Vermögenskomplexen im Auge haben. Die Gültigkeit oder Ungültigkeit des kausalen Rechtsgeschäfts ist bei ihm sekundärer Natur. Was sich in den Vordergrund schiebt ist der Gesichtspunkt der Unsittlichkeit. Ist die Gesinnung des Empfängers so, daß sie eine Auflehnung gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung enthält, tritt der Rückforderungsanspruch des Leistenden als Schutz in Kraft. Dieser Schutz entfällt dann, wenn auch sein Verhalten in demselben Sinne zu beanstanden ist, da es dann durch das des Empfängers kompensiert wird. § 817 ist eine Ausgleichsregelung für Fälle subjektiver Widerrechtlichkeit die einen Bereicherungstatbestand auch dann begründen können, wenn im Sinne des § 812 von objektiv ungerechtfertigter Bereicherung nicht gesprochen werden kann. Die besondere Bedeutung der subjektiven Verwerflichkeit läßt die Auffassung von der Selbständigkeit der Anspruchsbegründung des § 817, S. 1 mit der für ihn allein gültigen Ausnahme des § 817, S. 2 als zwingend erscheinen.

Sei die Bereicherung nun objektiv ungerechtfertigt (§§ 812, 816), sei sie subjektiv widerrechtlich (§ 817), in allen Fällen steht das rechtliche Erlangthaben mit dem rechtlichen Behaltendürfen in Widerspruch, so daß gesagt werden kann, daß für alle Fälle das beherrschende Prinzip, die clausula generalis, gilt: „Wer durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet."

Lebenslauf.

Ich bin am 14. Dezember 1903 in Düsseldorf geboren. Meine Eltern sind der Sanitätsrat Dr. Hermann Mellinghoff und seine Frau Emmi, geb. Scheuten. Ostern 1923 bestand ich die Reifeprüfung an dem Städt. Realgymnasium mit Realschule an der Rethelstraße. Anschließend studierte ich an den Universitäten Köln, Tübingen und Göttingen. Am 23. Juni 1928 bestand ich in Celle die erste juristische Prüfung und bin seit dem 15. Februar 1929 im Vorbereitungsdienst beschäftigt.